CARRARA

LEZIONI
SUL GRADO
NELLA FORZA FISICA
DEL DELITTO

Prezzo L. 3.

LEZIONI

SUL GRADO

NELLA FORZA FISICA DEL DELITTO

(CONATO, COMPLICITÀ)

DETTATE NELLA R. UNIVERSITÀ DI PISA

DAL PROFESSORE

FRANCESCO CARRARA

SOCIO CORRISPONDENTE DELL' ACCADEMIA DI LEGISLAZIONE DI TOLOSA
SOCIO DELLE REALI ACCADEMIE DI LUCCA, DI MACERATA E DI URBINO
MEMBRO DELLA COMMISSIONE INCARICATA DEL PROGETTO
DI CODICE PENALE ITALIANO, PRESIDENTE DELLA CAMERA
DEGLI AVVOCATI PRESSO LA R. CORTE
DI APPELLO DI LUCCA

PUBBLICATE PER USO DEGLI SCOLARI

SESTA EDIZIONE CON AGGIUNTE

LUCCA
TIPOGRAFIA GIUSTI
1870

GRADO

NELLA FORZA FISICA DEL DELITTO

§. 1.

La *forza fisica* del delitto, che *soggettivamente* guardata ha il suo elemento nel moto corporeo dello agente, e guardata *oggettivamente* il suo risultato nella materiale violazione della legge ossia nel danno *immediato*, può essere frazionata o per causa di *interruzione*, o *inoperosità* degli atti esterni, o per causa di *divisione* dei medesimi fra più individui. La *interruzione* o *inoperosità* della forza fisica *soggettiva*, e la mancata forza fisica *oggettiva*, conduce alla teorica del *delitto imperfetto:* la *divisione* alla teorica della *complicità.*

I.

CONATO

§. 2.

Vedemmo la ragione di punire il delitto tutta risiedere nelle due condizioni che lo costituiscono: cioè di essere un *fatto lesivo della sicurezza,* e di

provenire da un *atto volontario* dell' uomo. Il concorso della seconda condizione, facendo emergere dalla prima oltre il danno *immediato* il danno *mediato* o *riflesso*, la punizione di cotesto fatto si esige per ristabilire nei cittadini la opinione della propria sicurezza. Tuttociò è ormai chiarito.

§. 3.

Ma talvolta dopo essersi una malvagia *volontà* determinata alla violazione della legge; e dopo che per impulso della medesima la mano od altro organo corporeo dell' uomo intraprese gli atti esterni, che per natura loro, e per destinazione dello agente guidare dovevano a tale violazione, il corso di cotesti atti rimane interrotto; o se pure condotto all' estremo, non ne consegue l' effetto violatore del diritto avverso il quale gli atti medesimi si erano dall' agente indirizzati: quando ciò accade non può dirsi che si abbia un *delitto perfetto,* perchè la lesione della sicurezza non si verificò, e il *diritto* che si minacciava non rimase offeso; in questo caso non si ha che un *attentato.*

§. 4.

Il *delitto attentato* dicesi *conato,* perchè ha la sua essenza in uno *sforzo (conatus)* della *volontà,* congiunto ad uno *sforzo* del *corpo. Conatus in itinere* (disse elegantemente l' Alciato) *crimen in meta* (1). Nulla di tanto comune all' uomo quanto il conato. La vita nostra dall' aurora al tramonto non è che una catena incessante di *conati.* Ma se il

concetto astratto del tentativo, come di cosa connaturale all' uomo, è facile a concepirsi e definirsi; non lo è altrettanto il concetto del *conato* come ente giuridico. Tutti gli atti coi quali un uomo, in esecuzione di un preconcetto disegno, si adopera a raggiungere un determinato fine che poi non raggiunge, sono *conati* nel senso *naturale;* non sempre però sono conati nel senso *giuridico.*

(1) Alcune scuole contemporanee credono doversi distinguere *ottentato* da *conoto*, attribuendo alla prima denominazione un senso più *remoto* dal fine; ed alla seconda referendo gli atti più *prossimi*. Noi non apprendemmo dai nostri maestri tale distinzione, nè sappiamo vederne la utilità. Ad ogni modo, rispettando le opinioni di tutti, noi crediamo servire alla chiarezza usando promiscuamente di quei due termini come sinonimi. Altri credette che la formula dell' Alciato qui sopra riferita portasse ad esprimere che il *conato* (nella sua stretta significazione avversativa di *delitto mancato)* avesse per condizione la *interruzione* degli atti; cosicchè ogni qual volta lo agente avesse fatto tutto quello che disegnava eseguire per ottenere il fine delittuoso senza però poterlo raggiungere, altrettante volte sparisse la nozione del *conato*, e sottentrasse la nozione del *delitto mancato*. Questo è assolutamente un errore, perchè (come più tardi mostreremo) anche colui che ha *completamente* esaurito tutti gli atti che egli disegnava di fare può restare debitore di solo *conato* e non di *delitto mancato* quando gli atti da lui deliberati ed eseguiti fino al loro termine e senza interruzione non raggiunsero il fine perchè erano di loro natura *insufficenti* a raggiungerlo. È poi un equivoco pensare che Alciato con quella sua formula volesse esprimere una dottrina contraria: è assurdo pensarlo, perchè ai tempi dell' Alciato non avendosi ancora la nozione del *delitto mancato* come ente giuridico distinto dal *conato* in senso stretto, non poteva

l' Alciato alludere a tale distinzione; e ciò avrebbe condotto ad insegnare la non *punibilità* del delitto mancato. Lo equivoco cade sulla parola *meta* la quale si vorrebbe intendere in un senso *soggettivo*, laddove l' Alciato la usò evidentemente in un senso *oggettivo*. La *meta* del colpevole non è già posta nello eseguire quello atto che secondo il disegno suo sarebbe l' ultimo nella serie costituente le operazioni da lui deliberate: no: la meta dello agente sta nel conseguimento di quello effetto che costituendo la violazione del diritto da lui aggredito rappresenta la *consumazione* del malefizio. Finchè egli non ha prodotto codesto effetto al quale la nozione giuridica del malefizio speciale da lui intrapreso attribuisce i caratteri di reato consumato, o perfetto, egli è sempre *in itinere*. Egli è *in itinere* rispetto alla oggettività giuridica del delitto anche quando siasi veramente renduto debitore di delitto mancato. Ecco qual è il vero significato della formula classica di Alciato; la quale fu dettata per distinguere il *delitto perfetto* dal *tentativo*, e niente affatto per distinguere il *tentativo*, dal delitto mancato. Trasportando quella formula classica a questo diverso punto di vista se ne falsa il concetto, e si apre la via ad errori perniciosissimi.

§. 5.

Di questo *conato* può ella prendere cognizione la legge punitiva? Dove risiede la ragione di politicamente imputarlo al suo autore? La mancanza di ogni *danno immediato*, e così la cessazione di ogni *effettiva* violazione di diritti, potrebbe far dubitare che cessasse ogni ragione di punire l' attentato; poichè il fondamento della politica imputabilità di certi atti traendo origine dal *danno materiale* cagionato da loro, se cessa questo nel *conato* parrebbe doverne cessare la imputazione; ma non è così.

§. 6.

Alla ragione di punire desunta dal *danno immediato,* che cessa nei *tentativi,* sottentra in questi la ragione desunta dal *pericolo corso:* questo fa le funzioni del *danno;* e l' azione rimane *delitto,* benchè siagli mancata la forza fisica *oggettiva,* e forse anco sia rimasta incompleta la sua forza fisica *soggettiva.*

§. 7.

Questa idea è la base di tutta la dottrina del *tentativo* criminoso. Quantunque non abbia a deplorarsi un evento *dannoso,* pure l' animo dei cittadini si scuote all' aspetto di una volontà malvagia che già avea cominciato la esecuzione di atti indirizzati a quel tristo evento, ed abili a procacciarlo; ed al pensiero che una mera accidentalità, di cui non può calcolarsi la ripetizione, ha salvato la vittima dal male minacciatole, e la società dal lutto e dal terrore di un delitto compiuto. Il *tentativo* col porre in *pericolo* la sicurezza, ha prodotto anch' esso un *danno politico.* A cotesto danno politico occorre il rimedio politico della punizione di colui alle malvagie voglie del quale nulla mancò tranne i favori della fortuna.

§. 8.

Comprendasi bene che quando parlasi qui di *pericolo,* s' intende di un *pericolo già corso;* non di un *pericolo meramente futuro.* Confondere queste due idee porterebbe a conseguenze falsissime. Il *pe-*

ricolo futuro (o pericolo meramente *appreso)* non può accettarsi *a solo* come legittima ragione di punire. Altrimenti si correrebbe a punire le *nude intenzioni delittuose,* ed anche le prave *inclinazioni;* e distruggendo i limiti fra l'ufficio della morale e quello della legge punitiva, e confondendo le attribuzioni del magistero penale con gli elastici ufficii della polizia, si rovescerebbero i più certi canoni della politica imputabilità. Quando diciamo *pericolo* in questa materia intendesi dunque un pericolo che ad un dato momento ha *veracemente esistito* come *fatto;* non un pericolo di mera previsione.

§. 9.

Del pari è da avvertirsi che per la opinione di molti dottori, seguitata da alcune legislazioni, il conato non dovrebbe politicamente imputarsi se non quando tende a *gravi* ed *atroci* delitti. Nei delitti minori lieve sarebbe il *danno* se fossero *consumati;* e più lieve per conseguenza è il danno *mediato* che sorge per il mero *pericolo.* Onde secondo cotesta dottrina (che per altro non fu accettata dal codice Toscano) gli attentati di cotesti più tenui delitti si lasciano impuniti. Tale era la massima prevalente nel diritto romano: tale è nel diritto francese.

§. 10.

Ma se in questa idea del *pericolo* sta la ragione di punire il conato (poichè certo è che un *pericolo,* per grande che sia, non adegua mai in gravità il *male* effettivamente accaduto) bisogna bene e per

logica e per giustizia concluderne che il *tentativo*, benchè spinto all' estremo, non può mai imputarsi alla pari del consumato delitto. Ciò sarebbe equiparare sulla bilancia della giustizia un *pericolo* ad un *danno* effettivo. E sente di facile ognuno che tale equiparazione repugna.

§. 11.

Aggiungasi a ciò che la differenza di peso del *pericolo* rispetto al *danno immediato* del delitto perfetto non trova compenso in un più di danno *mediato*. Anzi tutto l' opposito: avvegnachè, o si consideri questo nel cattivo esempio ai malvagi, o nello sbigottimento dei buoni cittadini, certo è che si l' uno che l' altro avranno sempre un minor grado di forza nel *tentativo*.

§. 12.

Lo avrà il primo, perchè non è incitamento a delinquere il vedere riusciti vani gli sforzi del malvagio appetito che si volea soddisfare, ed incontrata ciò non ostante una punizione, benchè più mite. Lo avrà il secondo, essendo lo spavento minore perchè non alimentato dalla pietà per la vittima (potente eccitatrice della commozione degli animi) e moderato dalla fiducia nella provvidenza che spesso rompe gli scellerati disegni.

§. 13.

A tali ragioni si aggiunga la considerazione politica che la legge adeguando nella pena il *tenta-*

tivo al *delitto consumato* tradirebbe la sua missione di difesa sociale: e questa sola avvertenza dileguerà ogni dubbiezza. La legge che pareggiasse nella imputazione il tentativo al delitto compiuto verrebbe a creare nell' animo di colui la cui malvagia azione restò frustrata, una causa per ripetere i suoi sforzi, e ricominciare la esecuzione. Questa causa starebbe nel pensiero che ormai per lui la massima punizione minacciata a quel titolo di reato è già incorsa col solo *tentativo* che egli ne ha eseguito. Così dopo l' attentato la rinnovazione degli atti, e la ottenuta consumazione del delitto, rimarrebbero quanto al *reo* senza *repressione*. Così dopo scampata da un *tentativo*, la *vittima* designata resterebbe senza *difesa* per parte della legge penale rimpetto a quel malfattore. Tutto ciò è manifesto sol che si avverta come la legge, quando dice all' autore del tentativo — io ti punisco come se tu avessi compiuto il delitto — gli viene a dire nè più nè meno — io nulla ti punirò per gli sforzi che ripeterai, benchè con questi tu giunga alla consumazione dei tuoi pravi disegni. Quanto vi sia di impolitico in cotesto concetto risulta sì chiaro che reca sorpresa il vedere uomini dottissimi e legislatori avveduti avere abbracciato la falsissima idea della equiparazione.

§. 14.

Nè vale obiettare che il malvagio quando ha posto in movimento ogni sua possa per violare la legge, se per un fortuito che lo ha contrariato non raggiunse il fine maligno, egli viene a ricevere per effetto del caso nella minorazione di pena un van-

taggio che non ha meritato. La obiezione cade non solo rimpetto alle considerazioni *politiche* testè sviluppate; ma cade eziandio per le semplici considerazioni di *giustizia*. Infatti sappiamo che nei delitti non si punisce la sola *intenzione* perversa, ma l'*atto esterno* accompagnato da quella. Ora un atto esterno seguitato da tristo effetto avrà sempre maggior peso che un atto esterno non susseguito da nessun nocumento: cosicchè la disuguaglianza nella imputazione respettiva non trasgredirà ai precetti della giustizia distributiva. E poichè la fortuna ha tanta parte negli umani eventi, nulla repugna che l'abbia ancora nella responsabilità delle azioni delittuose. E come la disgrazia di un danno maggiore occasionato con intenzioni più miti nuoce al reo, perchè aumenta la sua responsabilità in ragione dell'*evento* sebbene preterintenzionale; così è di giustizia che la fortuna gli giovi quando, deludendo le sue previsioni, ha fatto sorgere un *evento* meno sinistro di quello a cui dirigeva le sue operazioni (1).

(1) La dottrina della equiparazione prevalse un tempo per una errata interpetrazione del diritto romano: il quale credettesi parificasse nella pena l'attentato al delitto perfetto. Ma il diritto romano non fissa altrimenti ciò come regola. Lo mostrò ad evidenza il Niccolini nella sua dottissima *dissertazione sul conato*, che nulla lascia a desiderare. Ma l'autorità di Cujacio (*observ. l.* 15, *c.* 25) e lo spirito feroce delle ordinanze rendè comune in Francia la dottrina che nei delitti atroci si punisse il crimine tentato come il consumato: la quale poi venne sulla scorta di Rousseau de la Combe (*traité de matières criminelles pag.* 88) di Jousse (*de la justice criminelle tom.* 3, *pag.* 499) e di Vouglans (*le leggi criminali lib.* 1, *tit.* 4, §. 7) tra-

dotta nell' art. 2 del codice penale Francese del 1810. E ciò che è più notabile si è che la influenza di questo codice trapiantato sulle bajonette imperiali in altri paesi allargò codesta dottrina anche fuori di Francia: come rilevasi dallo scritto di Faider *de conatu.*

In generale però nella Germania avea prevalenza la opinione contraria; e per una più retta intelligenza del gius romano, e per le ambigue disposizioni della costituzione criminale Carolina all' art. 178; la quale per quanto troppo risentisse dei tempi, era assai più benigna delle Ordinanze di Francia: vedasi Carpzovio *pars* 1, *quaest.* 21, *n.* 41 — Kress *in C. C. C. pag.* 667 — Coccejo *diss. de actibus imperfectis* 5, 4, §. 8 — Leyser *medit. sp.* 602, *m.* 4 — Bynkersoek *obs. jur. c.* 10, *l.* 5 — Puttmann *elem. jur. crim.* §. 52 — Philips *de conatu* §. 5 *ad* 7 — Koch *inst. jur. crim.* §. 89. In Italia, sull' autorità di Giulio Claro (*prax.* §. *finalis, quaest.* 92) prevalse la dottrina della non equiparazione, che è poi venuta allargando ogni giorno di più le sue radici in Europa. Ritornerò più diffusamente su questo argomento quando sarò a parlare specialmente del delitto mancato.

§. 15.

Si tengano dunque per fermi questi due principii: che il *pericolo* corso dalla società per causa di un tentativo è sufficiente ragione di imputarlo politicamente: ma che la imputazione del tentativo non può mai *adeguarsi* a quella che sarebbesi lanciata contro il delitto se l' effetto avesse corrisposto all' affetto. Ciò porta la necessità di due ispezioni in questa teorica.

§. 16.

Il principio che il *conato* può essere *imputabile*, porta il criminalista alla necessità di studiarne i caratteri costitutivi, onde conoscere quando si abbia e quando no un attentato nel senso giuridico. Il principio che debba imputarsi il *conato* sempre *meno* del consumato delitto, porta alla necessità di studiare le norme sulle quali convenga modulare questo degradamento di imputazione.

INSPEZIONE PRIMA

Quando si abbia il tentativo.

§. 17.

Per conoscere quando abbiasi il *tentativo* fa duopo rintracciarne gli elementi costitutivi procedendo con metodo analitico, per quindi ricomporne la definizione.

§. 18.

Nel *delitto perfetto* trovammo derivare la sua *forza morale* dalla *intenzione*, la sua forza *fisica* dall' *atto esterno dannoso*. Nel *delitto imperfetto* si desume del pari la sua forza *morale* dalla *intenzione*. Ma nel *tentativo* deve mancare l'effetto *dannoso* che lo convertirebbe in *delitto consumato:* e poichè le funzioni del *danno* si rappresentano nel tentativo dal *pericolo*, è logica conseguenza che appunto dal *pericolo* che ha corso il diritto di essere violato, ossia

dall' *atto esterno pericoloso,* si costituisca la forza *fisica* del conato, ossia il suo elemento *materiale.*

§. 19.

Trovare il *conato* nel solo *pericolo* inerente alla potenzialità di un atto senza la direzione intenzionale verso cotesto danno, è lo stesso che portare la imputazione civile oltre i limiti della imputazione morale, e manomettere la giustizia per servire ad una speculazione di falsa politica.

§. 20.

Trovare il *conato* nella sola *intenzione* per quanto fermamente diretta a recare un danno, senza la verità del *pericolo* di questo danno inerente alla potenzialità dell' atto eseguito, è l' istesso che punire la mera intenzione, prendendo il solo principio morale per fondamento della politica imputabilità.

§. 21.

Questi due distinti elementi porgono al *conato* due distinte facce, che obbligano a doverlo esaminare sotto due punti di vista separati. — Aspetto *obiettivo,* in quanto si guarda il conato nella *intenzione* dell' agente rivolta ad un determinato *fine* delittuoso, trascendente il risultato ottenuto. — Aspetto *subiettivo,* in quanto si guarda il conato nell' *atto esterno* costituente la sua esecuzione. So bene che queste due parole, *obiettività* e *subiettività,* sonosi dagli oltramontani adoperate in senso diverso, e soventi volte confuso. Ma preferisco seguire la nomenclatura del N a n i, del C a r m i g n a n i, ed in ge-

nere degli italiani. *L'esame dell' attentato obbliga la mente umana a due inspezioni diverse. L' una che considera nell' animo dell' attentante non lo stato della intenzione (che si suppone sempre perfetta e diretta) ma il* fine *a cui ella mirò: l' altra che contempla i mezzi che il di lui corpo, considerato come istrumento dell' animo, muove come idonei al conseguimento del fine. La prima inspezione può dirsi* obiettiva, *e può sortir l' altra il nome di* subiettiva; *nomenclatura la quale, sebbene siane stato fatto abuso frequente, è la più opportuna e la più significante ad esprimere il doppio procedimento della teoria dell' attentato delittuoso.* Così il Carmignani nella *Teoria (vol. 2, pag. 301)* il quale poi suddivide la indagine *subiettiva* in quanto riguardi il *subietto attivo,* cioè l' *attentante;* o riguardi il *subietto passivo,* cioè la cosa o persona sulla quale caddero gli atti esecutivi del delitto.

§. 22.

Gli oltramontani (1) invece usarono in senso diverso questa nomenclatura. Quello che Carmignani chiama *subietto passivo,* essi lo chiamano *obietto* del tentativo: cosicchè per loro la indagine *obiettiva* è quella che si riferisce alla vittima designata, alla cosa da rubarsi, e simili; mentre cotesti sono, secondo il linguaggio di Carmignani, il *subietto passivo:* e questo può essere o *subietto passivo* dell' *attentato,* o *subietto passivo* della *consumazione.* In una parola l'*obietto* nel linguaggio di Carmignani è una figura tutta *intellettuale:* il *fine* dell' azione come lo concepì l' agente. L' *obietto*

secondo gli altri, è una figura sempre *materiale:* la cosa o la persona su cui cade l' azione.

(1) Ne eccettuo alcuni moderni; come Ortolan (*Elements de droit pénal* §. 536 *et suiv.*) il quale io reputo uno dei più esatti fra i criminalisti francesi. Egli peraltro unifica il *paziente* col *soggetto passivo* del delitto, che a parer mio non sempre si identificano: per esempio, nel furto il *soggetto passivo* è la cosa rubata; il *paziente* è invece il *proprietario*. Ortolan viene a considerare che un uomo può patire un delitto, o *dans son corps;* o *dans son moral;* o *dans ses droits*. È soltanto nel primo caso che il *paziente* s' identifica sempre col soggetto passivo, perchè interviene come parte materiale a costituire il *soggetto* del delitto, il cui *oggetto* costante è il diritto violato. Nel secondo caso può avvenire o non avvenire codesta unificazione. Nel terzo caso d' ordinario non avviene, perchè la offesa di una persona *dans ses droits* (diritti *reali*, o di *credito*, come gli esemplifica l' illustre Professore) si compie di ordinario senza la *presenza* della persona lesa, e senza che essa rappresenti nessuna parte materiale nell' azione che costituisce il soggetto criminoso. Dunque in questi casi il possessore dello stato, o della cosa, o del credito, a danno di cui volgevà il delitto ne sarà il *paziente*. Ma il *soggetto criminoso* si completerà *passivamente* mercè il titolo distrutto, la casa arsa, o la cosa sottratta, il docnmento lacerato ec. Soltanto quando tali fatti si consumino con violenza sovra la persona, o con inganno sopra di lei esercitato, il *poziente* del delitto ne sarà ancora *soggetto passivo*.

§. 23.

Da questa diversità di nomenclatura nacque l' apparenza di varie contradizioni negli insegnamenti degli uni e degli altri: contradizioni che in realtà non esistono. Ed in materia già troppo astrusa e

difficile si aggiunse anche la difficoltà e l'ambiguità del linguaggio. Ma siccome il linguaggio non è che uno strumento, e in materia di strumenti si preferisce quello che meglio serve all'uso cui si destina, così mi si permetterà seguitare il linguaggio dei miei maestri, perchè mi sembra più adatto ai bisogni della scuola nello svolgimento anche della presente teorica; ed il più adatto nel tempo medesimo ad evitare funestissimi equivoci nella pratica applicazione dei principii (1).

(1) Ciò d'altronde è coerente alla tecnologia che ho adottato nel mio *Programma* perchè la credo la più esatta e la più confaceote alla oecessità della chiarezza nella esposizione delle dottrioe peoali. Si vedano i §. 56 *e segg.* ove dimostro come l' *oggetto* del delitto sia il *diritto* aggredito e la *legge* che lo tutela, e non già la *cosa* o *persona* su cui cade l'azione. La oggettività del malefizio è sempre identica così nel delitto consumato come nel delitto tentato: salvochè nel delitto consumato il diritto aggredito dallo agente è stato completameote leso, laddove nel delitto tentato il fine dello agente è rimasto deluso ed il diritto aggredito non ha sofferto completa lesiooe.

§. 24.

Dunque *intenzione*, e *pericolo*. Ecco i due elementi costitutivi del *conato*. Il primo ne rappresenta l'elemento *morale;* il secondo l'elemento *fisico*. Di ciascuno separatamente.

a) ELEMENTO MORALE

Intenzione — Fine — Ricerca obiettiva.

§. 25.

La *intenzione* (cioè il proponimento che ebbe l' agente di raggiungere col suo atto un *fine* più criminoso di quello che l' atto stesso materialmente raggiunse) è quella che porta a lasciare la considerazione di ciò che *avvenne,* per seguitare la considerazione di ciò che nel preconcetto dell' agente *doveva avvenire.* Per la intenzione non solo divengono imputabili certi atti che *materialmente* riuscirono *innocui:* ma anche un *delitto perfetto* cessa di desumere il criterio della sua imputazione dalle condizioni materiali; e quando era indirizzato ad un *delitto più grave,* subisce le norme di quella più grave misura alla quale lo porta la considerazione che esso non era il *fine* dell' agente, ma un semplice *mezzo.* Così un ferimento, o la effrazione di un uscio (delitti *in sè* consumati) possono considerarsi come *tentativi* di omicidio o di furto, e subire una denaturazione giuridica; perchè furono dall' agente eseguiti come *mezzo* per giungere all' omicidio, od al furto.

§. 26.

Quando l' *evento* è seguito (l' uomo fu ucciso, la casa derubata) è l' evento stesso quello che manifesta l' intendimento dell' agente. Tranne dimostrazione del contrario per parte dell' accusato, la pre-

sunzione giuridica è ch' egli volesse fare ciò che fece: poichè le presunzioni di gius si desumono dal corso *ordinario* delle cose; ed è più frequente che l' uomo faccia ciò che designava di fare, di quello che faccia cosa che non intendeva di fare. Dato l' *evento*, la intenzione fa ordinariamente una figura concomitante ed a quello pedissequa nella determinazione del *titolo*.

§. 27.

Nell' attentato invece l' evento non vi è. È il *pericolo* che ne fa le veci. Ma l' evento si misura da un *effetto* che realmente fu prodotto dagli atti esterni: il *pericolo* da una mera *previsione* di un effetto che poteva e non poteva dagli atti esterni conseguire. Ora egli è chiaro che la previsione di un evento non è la compagna indefettibile della probabilità dell' evento stesso. Nella infinita varietà delle relazioni tra il mondo fisico e il mondo morale, è altrettanto frequente che un uomo per raggiungere un dato fine eseguisca un atto che non ha in sè nessuna potenza a raggiungerlo, quantunque colui nella sua illusione lo creda; quanto è frequente che un uomo eseguisca un atto il quale ha in sè la potenza di raggiungere un dato fine, senza che per altro colui calcoli su codesta potenza, ed a codesto fine diriga la sua volontà.

§. 28.

Altro è dunque che un atto esterno abbia *in sè* la potenza di condurre ad un effetto: altro è che

l' autore di tal atto *prevedesse* e *volesse* cotesto effetto. Dall' evento si può trarre una presunzione di volontà. Dalla possibilità dell' evento non si può trarre che un sospetto di tal volontà.

§. 29.

Di qui la conseguenza che lo elemento *morale* del *conato* ha bisogno di una prova specifica; nè basta il dire, tale atto *avea potenza* di cagionare questo effetto, dunque l' agente *volle* cotale effetto. Di qui la conseguenza che la *intenzione* nel *conato* deve avere dei caratteri particolari, che nel delitto perfetto non si richiedono. Di qui le due proposizioni, che la *intenzione* nel *tentativo* deve essere *diretta*, e *perfetta*.

§. 30.

1.° Deve essere *diretta*. Non basta a costituire tentativo la intenzione *indiretta:* e qui per intenzione *indiretta* vuolsi contemplare più specialmente la *indiretta negativamente tale;* poichè la *indirezione* dei *mezzi,* quando vi fu *direzione* nella *volontà,* non altera le condizioni *intrinseche* della intenzione; ed abbiamo sempre i caratteri del *dolo.* Ciò è della più intuitiva evidenza. Nei fatti *colposi* la società non reclama la punizione di una volontà *malvagia,* ma di una volontà *imprudente* che omise di calcolare tutte le possibili sequele degli atti cui dava impulso. Ora la società non ha diritto di reclamare la punizione di questi atti *imprudenti,* se non in quanto ella abbia a deplorare un evento luttuoso; l' avve-

nuta violazione di un diritto. Quando l' esito fu innocente, e l' animo non diretto a nuocere, le manca ogni base per reclamare una pena.

§. 31.

Nel delitto consumato essa fonda il suo diritto a punire sul *danno* reale; e purchè nella volontà di chi ne fu causa siavi una ragione di rimprovero (anche per mera omissione di previdenza) il diritto materialmente violato deve avere un grado di soddisfacimento. Nell' *attentato* invece essa fonda la ragione di punire sulla *intenzione* di violare la legge; intenzione delusa dalla fortuna, ma causativa di *pericolo* reale. Dunque quando mancò l' effetto *dannoso*, e l'*animo* di violare la legge, la società non può dirsi offesa nè dal *fatto,* nè dalla *intenzione;* e non ha nessun fondamento per esigere una punizione.

§. 32.

Nel tentativo non mi rimproverate il male che ho *cagionato,* perchè non esiste; ma quello che dite essersi *voluto* da me *cagionare*. Ma se accusandomi di *colpa* concordate che io *non voleva cagionare male nessuno,* che mi rimproverate voi? Il grado d' imputazione nel tentativo deve misurarsi dalla entità del diritto alla violazione del quale io dirigeva le mie operazioni. Ma se i miei atti non erano diretti alla violazione di nissun diritto, il calcolo della mia imputazione non può dare che un risultato negativo. Negativo è il dato dell' evento; negativo il dato della intenzione: da due quantità negative non può risultare una quantità positiva.

§. 33.

Dire che si è *tentato* di fare ciò che non si *prevedeva* e non si *voleva fare,* è nelle più comuni occorrenze della vita un impossibile logico. *Tentativo* di delitto *colposo* è un controsenso giuridico.

§. 34.

Vollero, è vero, alcuni oltramontani sostenere il contrario; ed immaginarono la strana figura del tentativo colposo: vedasi Winssinger *de dolo et culpa cap. 4, §. 4* — Lelièvre *de poenarum adaequatione pag. 15 et seqq.* e gli ivi citati. Ma affacciandoci alle loro argomentazioni scorgesi intuitivo il sofisma. Incominciano infatti dallo stabilire la proposizione generale che la società ha diritto di prevenire con la minaccia di una pena, non solo i fatti che effettivamente violano il diritto, ma quelli eziandio che lo pongono a pericolo di essere violato: e che quando la pena è minacciata preventivamente dalla legge, n' è giusta sempre l' applicazione. Indi passano a dimostrare la proposizione particolare che certi fatti commessi per mera imprudenza e senza maligna intenzione, pongono in pericolo la sicurezza. Tralasciando di fare osservazioni sulla prima proposizione, qual è la logica conclusione cui mena codesto sillogismo? Evidentemente non è quella che si debba ammettere un tentativo senza intenzione: unicamente quella della legittimità di proibire e reprimere certi fatti nei quali vi è un imminente pericolo della sicurezza individuale, quantunque non

commessi per pravo fine. Ora la punibilità in genere di codesti fatti non si contrasta da alcuno entro i debiti confini; purchè si contemplino come trasgressioni di polizia, e non come veri delitti, per la mancanza appunto della proeresi criminosa. Così s' interdicono appo i culti popoli le corse veloci di cocchi, le esplosioni di armi da fuoco, e simili cose, nelle vie frequentate, benchè eseguite senza danno di alcuno: in tal guisa è provveduto ai pericoli di siffatti casi, nei quali appunto si esemplifica dai contradittori la necessità di ammettere il *tentativo colposo* di lesione. Ma a codesta illogica conclusione non si giungerebbe neppure quando non vi fosse altro mezzo di provvedere alla sicurezza, tranne con lo assidere la legge sopra una repugnanza: avvegnachè la repugnanza induca la falsità, e sia inaccettabile che sopra una base falsa si radichi la punizione. Molto meno pertanto può ammettersi di giungere a ciò quando codesta necessità non esiste, e può sufficientemente provvedersi al pericolo dei casi temuti col prenderli in considerazione come fatti *consumati in loro medesimi*.

§. 35.

Non vi è dunque luogo a dubbiezza sulla prima regola, che al conato occorre la intenzione diretta. E tanto è lunge che possa seriamente ammettersi in diritto penale la figura del *tentativo colposo*, quanto è ormai certo per la comune dottrina dei penalisti che il tentativo non si ammette neppure nei fatti di *dolo indeterminato — dolus indeterminatus determinatur ab exitu:* vedasi la mia lezione sul dolo (1). Se pertanto colui che ebbe intenzione di far-

mi *un male* ma senza precisamente intendere a togliermi la vita, dove in effetto non mi abbia recato che una leggiera lesione non può imputarsi di *tentato omicidio* per là sola circostanza che dal suo fatto era *possibile* e *prevedibile* ne conseguisse la morte mia, è assurdo che si vada al tentativo dove neppure concorse un dolo ed un animo diretto a nuocermi.

(1) *Opusc. vol. 1, opusc. 7, pag. 306.*

§. 36.

2.° La *intenzione* deve essere *perfetta* onde abbiasi *tentativo*. Questa seconda proposizione è oggi controversa a cagione di alcuni scrittori che ne hanno, in specie tra i moderni, dubitato. La opinione che esclude il tentativo nel dolo d'impeto si sostiene da Rossi (1), Nani (2), Carmignani (3), Lauria (4), Giuliani (5), Puccioni (6), Romagnosi (7), Pizzoli (8), Romano (9), Jenull (10), Mittermaier (11). Alla contraria parve inclinare Roberti: ma se da questo scrittore limitare si volle in casi estremi la regola, non già intese convertire in regola la limitazione come taluno precipitosamente vorrebbe.

(1) *Traité de droit pénal chap.* 32.

(2) *Principj di giurisprudenza criminale* §. 108.

(3) *Elementa juris criminal. lib.* 1, §. 231.

(4) *Esposizione delle leggi penali parte* 1, *capitolo* 11, *n.* 1 *in fine*,

(5) *Istituzioni di diritto criminale lib.* 1, *cap.* 5, §. 1 (*Ediz. di Macerata pag.* 122).

(6) *Saggio di diritto penale lib.* 1, *tit.* 7, *pag.* 82.

(7) Quando Romagnosi (*Genesi* §. 694) definì il delitto mancato *una esecuzione ragionata*, mostrò chiaro il presupposto della calma riflessione, non ammissibile nell' irato. *Nihil interest* (Seneca *excerpta de moribus*) *inter iratum et insanum, nisi dies.*

(8) *Studi sulla teorica del conato punibile pag.* 105.

(9) *Istituzioni di Diritto criminale tom.* 1, *pag.* 122.

(10) *Commento al codice penale Austriaco parte* 2, *pag.* 237.

(11) *Scritti Germanici volume* 1, *pag.* 278.

§. 37.

Ricordiamo che i termini di questa ricerca cadono solo nel caso di *dolo* di *quarto grado;* quello cioè che congiunge i due caratteri della *istantaneità,* e della dominazione di un *affetto cieco* (1).

(1) Vedasi la mia lezione sul *dolo* (*Opusc. vol.* 1, *opusc.* 7, *pag.* 299).

§. 38.

Negli atti freddamente *premeditati*, negli atti *deliberati,* negli atti di *risoluzione istantanea* non eccitata da impeto di cieco affetto, cessa ogni ragione di escludere il tentativo; perchè la volontà a cui concorse o il *tempo* per riflettere, o la *calma* dello spirito per calcolare, potè bene ordinare una serie di operazioni ad un fine determinato ed esplicitamente previsto, oltre quello ottenuto. Quando però allo agente mancò l' *intervallo* di tempo per deliberare, e la *calma* per calcolare le conseguenze degli atti cui si spingeva, negasi dalla comune dei cri-

minalisti potersi applicare la nozione del *tentativo*. E la ragione è piuttosto *psicologica*, che *giuridica*.

§. 39.

Giuridicamente si ha lo elemento *morale* del tentativo di un delitto, tostochè si suppone la intenzione diretta ad eseguirlo. Ma *psicologicamente* si nega che ad un animo agitato da veemente passione possa attribuirsi, nelle istantanee risoluzioni, una volontà definitamente diretta a fine diverso da quello ottenuto. La passione toglie la lucidità dell'intelletto. La rapidità dell' azione non dà agio a calcolare. Si agisce per isfogo dell' affetto che ci commove, senza riflettere cosa avverrà da ciò che facciamo. In una parola la distinzione fra atto assunto come *mezzo*, ed effetto voluto come *fine*, implica un *ragionamento*, che non è compatibile con l' animo accie-cato dalla passione istantanea.

§. 40.

L' uomo adirato o impaurito che dà di piglio all' arma somministratagli dal furore o dalla paura, vibra colpi per isfogo del sentimento che l' agita: ferisce per ferire; non pensa alla morte del suo nemico; o se questa idea gli balena al pensiero, non vi balena come un effetto che assolutamente si voglia da lui conseguire. In tali condizioni lo *evento* deve essere l' unico criterio per definire il titolo del malefizio: perchè è l' *unico* dato ove la giustizia trovi *certezza*.

§. 41.

Chiunque ha osservato le operazioni dell' uomo agitato da grande sdegno o da grande timore, e lo ha veduto ruinare oggetti preziosi ed a sè carissimi, manomettere persone teneramente amate, offendere persino sè stesso, bisogna bene convenga non essere compatibile con tale stato di animo il concetto di un calcolo che ad un determinato fine diriga i movimenti del corpo.

§. 42.

Ma supposto che qnalche rarissima volta anche l' uomo acceso da cieco sdegno possa far presente a sè stesso la idea *determinata* di dar morte al nemico, e intendere a questa; io dico che se siffatta lucidità di previsione e siffatta esplicita volizione potrà in rari casi essersi maturata anche nell' impeto di viva passione, il giudice non avrà mai nn criterio sufficiente per farsene *certo*. Gli atti esterni dell' uomo infuriato essendo d' *ordinario irrazionali*, e scevri di *calcolo*, non potrà da questi atti argomentarsi con sicurezza che in nn dato caso nel ferimento si vide piuttosto nn *mezzo* che nn *fine*. Ed allora è meglio accettare una regola che porterà a colpire di minor pnnizione nn caso eccezionale su cento, di quello che, rinnegando la regola, esporre la giustizia a vedere colpiti di pena maggiore i novantanove casi che la meritarono minore. Dagli atti si può argomentare la volontà nell' uomo che *ragiona*: ma nell' uomo che *non ragiona* cotesto cri-

terio è fallace. Il giudice quando lo adopera è a sangue freddo, e dalle previsioni che in questo stato egli forma argomenta le previsioni dell' uomo tratto fuori di sè: ma tale imprestito delle proprie previsioni è logicamente vizioso, perchè procede sulla equiparazione di due posizioni difformi; voglio dire la posizione calma nella quale si trova il giudice, e la posizione di turbamento impetuoso nella quale si trovava lo agente; lo che porta al sofisma di applicare a casi *difformi* un ragionamento *pariforme*: e riuscendo il più delle volte fallace, converte le sentenze in voli pindarici.

§. 43.

Fra le genti appo le quali il principio della inammissibilità del tentativo nell' impeto regna accettato dalla giurisprudenza, nessuno dubitò mai che la repressione riuscisse insufficiente. Se al contrario si ammette che negli atti eseguiti sotto l' impulso di violenta collera possa applicarsi la nozione del *tentativo,* non vi sarà più ferimento con arma, a cui non possa, per una divinazione del giudice, applicarsi il titolo di *tentato omicidio.* L' *attitudine dei mezzi* a dar morte terrà costantemente luogo della *volontà* di dar morte. E si confonderanno i due elementi del *conato,* che sono e debbono mantenersi essenzialmente distinti; si supplirà con l' uno a ciò che difetta nell' altro, dimenticando che ognuno di loro deve avere una esistenza di per sè stante. Si guarderà alla potenza dell' atto, e si scorderà che chi esplode un' arma a fuoco può volere o la morte, o la sola lesione: o può volere un danno qualunque

(quello che avverrà) senza agognare precisamente piuttosto quella che questa. E tale appunto è lo stato di animo che muove il feritore nei fatti rissosi; quello di ottenere la soddisfazione di una ingiuria patita o la repulsa di un' aggressione: soddisfazione e repulsa che si ottiene con qualsivoglia nocumento rechisi all' avversario, senza giungere al di lui eccidio; per il quale non ha l' agente un desiderio ed interesse speciale che non si appaghi del meno.

§. 44.

Questo è l' abbaglio in cui cadono coloro che in tale questione ragionano con gli esempj. Se l' esempio si va cercando in un caso in cui la morte della vittima era la conseguenza *necessaria* e costante delle operazioni del giudicabile, io ammetterò che in tal caso debba cessare la regola, non per una speciale previsione dell' agente ma perchè la natura del fatto (quando questo non può essere mezzo che ad *un solo* fine) non più comporta la distinzione tra volontà diretta al *mezzo* e volontà diretta al *fine*. Ma se ciò può avverarsi qualche rarissima volta nel *delitto mancato*, non sarà mai adattabile al semplice *tentativo*.

§. 45.

Così Roberti immaginò il caso dell' uomo irato che avesse gettato il nemico dalla vetta di un campanile. Qui scorge ognuno che l' effetto *unico possibile* di cotesto getto è la morte, tranne un miracolo. Ed allora, poichè la conseguenza dell' atto *non può* essere che *una*, bisogna bene a chi faceva

quell' atto attribuire la intenzione di ottenere quel-l' unico possibile effetto. Così l' uomo che gettò il fuoco nella capanna del nemico per vendicarsi, o irato o no, bisogna dire che volle incendiare; perchè non potendo quel suo atto condurre ad altro effetto tranne lo incendio, alla sua natura repugna la distinzione tra *mezzo* e *fine*.

§. 46.

Ma quando si è voluto generalizzare questi esempi, e farne applicazione al ferimento con certi generi di strumento, o al ferimento con arma diretta a certe parti del corpo umano, si è cambiata senza avvedersene la posizione del caso: perchè ad una fattispecie nella quale il possibile era *uno solo* — la morte — se ne sostituì un' altra, nella quale i possibili erano due — il *ferimento*, o la *morte:* ed anzi per le osservazioni della esperienza era più probabile quello che questo.

§. 47.

La unica obiezione giuridica che potrebbe farsi a questa teoria sarebbe la seguente. Quando l' uomo adirato uccise, voi lo imputate di omicidio volontario; dunque ammettete la *volontà* di uccidere anche nell' ira: e se ammettete cotesta volontà quando l' effetto è seguito, perchè non dovrete ammetterla anche quando l' effetto non è seguito? la obiezione non ha solidità. Quando l'effetto è seguito, base della imputazione di omicidio è il fatto verificatosi della morte di un cittadino. O l' agente nell' ira la pre-

vedesse *esplicitamente* come conseguenza del suo operato, e questa precisamente ei volesse; oppure egli confusamente intendesse a far male al nemico, senza lucidamente scorgere come conseguenza dei suoi atti la morte di lui, ciò torna all' istesso. La morte avvenne; avvenne pei mezzi che colui volontario adoprò a fine di nuocere al nemico: se il male superò le sue espettative, ei sempre ne è responsabile. Questa regola severa ha base nella connessione probabile tra i mezzi adoperati e l' evento seguitone; connessione che rende lo agente responsabile anche della non previsione: ha la sua ragione nel bisogno politico di una difesa proporzionata alla offesa verificatasi.

§. 48.

Ma nel tentativo non può prendersi per base della imputazione lo *evento*. Quella non trova appoggio su questo, e tutto ha radice nella volontà dell' agente. Ed allora la *volontarietà dei mezzi* non è più sufficiente a creare il titolo di omicidio, quando essi omicidio non cagionarono. È necessaria la *volontà diretta al fine*. E questa non può mai ravvisarsi con sicuro criterio in uomo la cui mente è intorbidata da cieca passione, e che senza calcolo e senza riflessione ruina ad agire. Il suo *dolo* è sempre *indeterminato*. Basterà perchè si dica *doloso* il fatto *che avviene;* ma non basterà per supplire all' effetto che non seguì: perchè quella vaga intenzione di nuocere che spingeva l' uomo infuriato alla offesa (fluttuasse pure tra l' idea di ferire e di uccidere) non può ricevere la sua determinazione che dallo evento.

§. 49.

Che se realmente si apprende potere da questa regola risultarne una troppo debole repressione a certi ferimenti accompagnati da effettivo pericolo, pronto è il mezzo di riparare a ciò, obbedendo ai principii della scienza anzichè girle a ritroso. Il pericolo di vita è una condizione *intrinseca* al ferimento, indipendentemente da qualunque *previsione* del feritore. Ne aumenta la forza fisica oggettiva; ed è ragione tutta giusta di aumentarne la imputazione, come lo è lo storpio, o qualsiasi più grave effetto della lesione. Ma ciò come conseguenza tutta propria dell' elemento materiale. E come il *danno* maggiore aumenta la imputazione del ferimento senza bisogno che quello fosse esplicitamente preveduto dallo agente; così il *pericolo* maggiore che una lesione abbia effettivamente recato ad un uomo deve aumentare la imputazione per conseguenza del semplice criterio delle sue condizioni materiali, ancorchè quel *pericolo* di vita non fosse *esplicitamente preveduto* dallo agente. Desumendo l' aumento di imputazione dal *pericolo* o *effettivo* o *potenziale* di una ferita, si obbedisce ad una norma *vera* e *certificabile*. Pretendendo trarlo da una esplicita previsione anche in quei casi nei quali essa è o psicologicamente impossibile, o non mai discernibile con sicurezza, si segue una norma che in astratto non ha verità, e che in concreto è fallace. E ad un criterio positivo e sicuro si sostituisce l' arbitrio e la impressione; ultimo duce delle questioni intenzionali: dal che ne consegue praticamente lo sconcio e la

flagrante ingiustizia, che variando la forza divinatoria dei diversi collegi giudicanti, ne risulti una fluttuante disparità di castighi che allarma la pubblica coscienza. Oggi taluno in rissa esploderà una pistola contro l'avversario e lo ferirà, e vedrassi punito con qualche mese di prigionia per titolo di lesione. Dimani un altro esploderà una pistola in rissa contro un avversario, e non lo colpirà in modo alcuno; e si vedrà punito di pena gravissima appunto perchè non avendo colpito non era applicabile il titolo di lesione, e il giudice cercò il titolo nel tentato omicidio. Il pubblico vede queste contraddizioni e non ne comprende altro se non che una sfiducia della giustizia (1).

(1) Chiunque esercitando a lungo il sacerdozio della difesa ha dovuto sperimentare e meditare lo spettacolo delle convulsioni fra le quali si agita la giustizia quando vien posta sull'eculeo delle divinazioni dei giudicanti nelle questioni intenzionali, non può non apprendere il grave pericolo del soverchio arbitrio del quale si lascia in balìa dalle leggi moderne la valutazione del conato. Il Pizzoli dotto giureconsulto e celeberrimo avvocato Bolognese, nel suo opuscolo intitolato — *Studii sulla teorica del conato punibile* — lamenta con energiche parole i pericoli di codesto arbitrio. E notisi che questo sommo esercitava splendidamente il sacerdozio della difesa nello stato Romano, dove nessuno immaginò mai di proporre la questione del tentativo nei delitti d'impeto. Ond'egli poneva come regola non controversa che a concepire la nozione del conato si esigesse la *precedente deliberazione, la preordinazione dei mezzi,* in una parola il dolo di proposito. E malgrado ciò egli sentiva così profondamente la incertezza delle umane congetture quando audaci si spingono ad affermare le occulte intenzioni di un uomo,

che come riparo a tanto pericolo egli stimò doversi lanciare novatore coraggioso in una via non anco calcata; ed in quel suo scritto propose nè più nè meno *l' abolizione della teorica del conato.* Chiunque ami leggere quell' opuscolo si persuaderà non essere codesto pensiero una eccentricità inaccettabile. È una idea che merita di essere meditata. Egli propone, in sostituzione della dottrina del tentativo cotanto allargata oggidì, una particolare descrizione di tutti gli atti esterni che possono presentare un pericolo della violazione del diritto, e punirli *adequatamente alla loro natura* con proporzionate repressioni. *Perchè* (sono sue parole) *non si può fare per tutti, quello che è fatto per gli adunamenti illeciti di persone armate, per l' ammasso di armi anche lecite, per la ritenzione delle illecite, per gl' imbrandimenti, per le esplosioni contro di alcuno, per l' abduzione, per la sfida a duello, per l' invasione, per le lettere minatorie?* — Lascio alle meditazioni dei dotti le giudiziose osservazioni del criminalista bolognese; e solo avverto che egli avrebbe dato alle medesime cento volte tanti di energia, se si fosse incontrato a vedere affermare una piuttosto che altra intenzione nell' uomo che agisce sotto la istantanea perturbazione dell' ira.

§. 50.

Non può mai abbastanza ripetersi e raccomandarsi quella verità logica e giuridica, che i due elementi dell' *attentato* esigono ciascuno di loro una dimostrazione speciale e di per sè completa. Chiunque prenda ad imprestito ciò che può esservi di chiaro in uno dei due elementi, per supplire a ciò che manca nell' altro, ragiona male e viola i dettati di buona giustizia.

§. 51.

È logicamente viziosa la illazione di chi corra a dire — *Pietro usò contro il nemico un' arme che avea potenza di uccidere: dunque ebbe intenzione di uccidere.* Come è logicamente viziosa la illazione di chi dica — *Pietro ebbe intenzione di uccidere: dunque lo strumento da lui adoperato ne avea la potenza.* E il vizio logico di quelle due illazioni sta in questo; che con le medesime si assume come *assolutamente vera* una proposizione generale, che può essere *relativamente falsa.* Infatti la seconda illazione presuppone la proposizione generale che *tutti gli atti usati con intenzione di dar morte abbiano la potenza a recarla.* Il secondo sillogismo presuppone la proposizione generale che — *chiunque adopera strumenti nei quali è potenza di uccidere debba avere la intenzione di uccidere.* Ora se è intuitivamente assurda la prima, non è meno fallace la seconda proposizione. Ferisce gli occhi di ognuno l'errore della prima, perchè l'animo con cui si fa un atto non cambia le condizioni ontologiche dell' atto stesso. Perciò se talvolta i tribunali errarono pretendendo trovare conato in atti che erano in loro inidonei ad uccidere, perchè li videro eseguiti con intenzione di uccidere; di cotesto errore fu più spesso causa la inesatta nozione del tentativo, di quello che un vizio di ragionamento. Ma non è ugualmente sensibile lo errore della seconda proposizione, perchè nella oscurità in cui si avvolge agli sguardi umani la intenzione dello agente, è necessità argomentarla da fatti esteriori; ed è troppo facile cadere in equi-

voco in cotesto argomento. Laonde i tribunali che più spesso pretesero trovare conato di omicidio in atti che l' agente aveva eseguito senza nessun proposito esplicitamente diretto alla uccisione, non errarono per inesatte nozioni di diritto, ma per un precipitato e vizioso ragionamento.

§. 52.

Ma se l' attitudine del mezzo supplisce alla previsione dello agente e alla determinazione positiva dell' animo suo, le leggi non dovrebbero più parlare di tentativo; ma determinare la penalità secondo gli atti esterni; e dire che chiunque fa uso di armi ad offendere deve essere punito come reo di omicidio imperfetto semprechè quelle armi avevano in loro la potenza di uccidere. Ma la scienza e le leggi non parlano così: parlano di *tentativo;* al quale oltre la idoneità dei mezzi che ne costituisce la forza fisica, deve concorrere ancora la determinazione della mente verso l' effetto più grave non ottenuto, che ne costituisce la forza morale.

§. 53.

Ora l' avere scelto piuttosto un mezzo micidiale che un altro ad offendere il proprio nemico, potrà essere una congettura per indurre a ritenere l' animo diretto a dar morte. Ma quando questa non era conseguenza ordinaria e quasi necessaria dei mezzi adoperati, i medesimi non offrono niente più che una *congettura* la quale è grave abbaglio sostituire ad una prova completa. Cotesta congettura è di

quelle che diconsi *a posteriori*. Poichè la determinazione precede l' atto. Onde si dice che nell' atto conseguente essendovi l' attitudine mortifera, la determinazione precedente doveva essere mortifera. Ma quando il mezzo adoperato poteva recar morte, e poteva anche non recarla, non è buona logica il dire che chi lo usò volesse appunto dar morte. È buona logica al contrario il dire che poichè il mezzo poteva dare e non dare a morte, così chi usò quel mezzo fu indifferente sul risultato o no della morte. Laonde se la morte non avvenne, deve rispondere soltanto dello evento. Posto anche che potesse di tratto tramntarsi la condizione naturale del mezzo nella condizione eccezionale dell' animo dello agente, dovrebbe sempre dirsi che se la condizione materiale del mezzo era incerta, incerta dovette pur essere la condizione dell' animo.

§. 54.

Oltre di che non sempre risponde al vero cotesto tramutamento. Poichè quella congettura *a posteriori* suppone che lo agente abbia sempre conosciuto e calcolato le condizioni naturali di quel mezzo. Il che non sempre avviene; e non avviene per certo negli atti assunti sotto lo impulso di repentino sdegno; nei quali *furor arma ministrat;* e l' uomo afferra uno strumento prima che un altro, non al seguito di nna scelta calcolata per più feroce disegno; ma per la occasione che alla sua mano lo presenta.

§. 55.

Dove intervenne una operazione di matura riflessione tal congettura avrà un valore; dove quella mancò non può averne nessuno. Spessissimo nelle pericolose questioni intenzionali il giudice che argomenta *a posteriori* cade in errore, perchè dimentica tuttociò che può intervenire di fortuito tra l'atto posteriore e la determinazione anteriore. Io vidi distinguere (a modo di esempio) nel tentativo di omicidio fra l'uso di arme bianca, e l'uso di arme da fuoco. Quando si è con l'arme bianca ferito (udii dirmi) la mano dirigeva il colpo, si è ferito come si è voluto e dove si è voluto: dunque se la ferita non ha recato morte, è chiaro segno che non si è voluto dar morte: ma nell'arme a fuoco non è così, poichè la mano dell'uomo non guida il proiettile al preciso punto voluto. La conseguenza di questa distinzione quale doveva ella essere? Doveva essere quella di respingere il tentativo nei ferimenti con arma bianca, poichè nell'atto della mano volevate trovare il criterio rivelatore dell'animo: ma non poteva essere quella di affermare sempre il tentativo nell'uso di arme a fuoco; poichè se la incerta corrispondenza del proiettile alla volontà dell'esploditore potrà essere sufficiente ragione per tenerlo a calcolo di un risultato effettivo più grave, non è altrettanto buona ragione perchè questa impotenza a dirigere con esattezza il proiettile debba far ritenere piuttosto l'animo più feroce. Nella elezione dell'arme a fuoco vi è un aumento di probabilità di fallire nel colpo. Qual è dunque l'ordine d'idee

per cui dallo avere scelto un mezzo che offriva maggiori probabilità di andar fallito, se ne argomenti con opposta deduzione una volontà più fermamente risoluta alla strage?

§. 56.

Oltre a che in questo difficile sentiero vien fatto troppo spesso di trascurare la osservazione delle accidentalità intromesse fra la determinazione e il risultato. Vedrassi taluno che con arma carica a grosso piombo colpì il nemico nel petto: se ne vedrà un altro che lo colpì nelle gambe. Si ricorrerà all' argomento insegnato dai pratici che la località della ferita è indizio della intenzione del feritore. Ma chi vi accerta che a quei due feritori, per lo più inesperti nel maneggio dell' arme, non avvenisse precisamente l' opposto di ciò che volevano? Chi vi autorizza a negare che chi ferì il nemico nella gamba non avesse mirato al petto e chi ferì nel petto non avesse invece mirato alla gamba? Ove ciò fosse, ne avverrebbe che condannando come reo di mera lesione quello che ferì nelle gambe si aberra dal vero in pro dell' accusato; e qui meno male: ma ne avviene altresì che si condanna come colpevole di tentato omicidio colui, che avea mirato alle gambe precisamente al fine di recar poco male al nemico: e questa è una deplorabile ingiustizia. Ecco che una eventualità (la quale non si estrinseca nè con un danno nè con un pericolo maggiore) decide della sorte dei giudicabili. In altra occasione due colpevoli hanno mischiato nella carica piombo grosso a piombo minuto. L' uno ha *colpito a pieno* il ne-

mico: trovasi quella miscela, e si dice, se avesse avuto intenzione di uccidere non avrebbe caricato a piombo minuto; quei pochi veccioni potevano essere mischiati coi pallini minuti per incuria del venditore, ed all' insaputa dell' accusato. E per queste dubbiezze si esclude il tentato omicidio, e si fa benissimo perchè ogni dubbio deve essere per l' accusato. Ma intanto un altro delinquente non ha *colpito a pieno* la vittima; più tremante il suo polso, meno risoluto l' animo suo, la botta non ha recato ferite. Si visitano i luoghi, gli alberi, le mura che stavano dicontro. Del piombo minuto non si trova traccia. Trovasi bensì un *veccione* che forse era il solo di quella carica. Ed ecco, si dice, ecco la presenza del grosso piombo nell' arme. I pratici ne insegnano che il grosso piombo è indizio di animo micidiale. I periti ne accertano che una botta composta di quel grosso piombo poteva dar morte. Dunque costui è reo di tentato omicidio. Ed io invece concluderei con una proposizione generale che togliesse per sempre la coscienza del giudice da simili impacci.

§. 57.

La congettura *a posteriori* non è buona guida tranne quando si referisce ad un resultato *necessario* o almeno *ordinario* del fatto. Ma la morte recata con arme a fuoco è dessa il resultato, non dirò *necessario*, ma neppure *ordinario*, e più probabile della esplosione? La statistica dei processi criminali mostra che su cento processi di ferimento non se ne ha forse quattro di omicidio. La stessa statistica delle battaglie, ove pur si pugna con armi ben più

micidiali, mostra che il numero dei feriti supera di gran lunga quello dei morti. Dunque se nell' arme a fuoco è la potenza a recar morte, il caso però che essa la rechi è eccezionale e infrequente più dell' opposto. Dunque quando argomentando da un mezzo che poteva dar morte, ma era più probabile che non la desse, voi vi convincete che lo agente volesse dar morte; cadete senza accorgervene nel controsenso di unificare e rendere convergenti i due principii contradittorj che stanno fra le condizioni dei mezzi e le condizioni dell' animo.

§. 58.

Il criterio meno fallace e talvolta apodittico per accertarsi della intenzione dello agente è quello che si desume *a priori:* ed in special modo dalla *causa a delinquere*. Questo criterio è saldo perchè ha una base logica. Se il feritore avea per fine o di sposare la moglie della vittima o di renderne muta la testimonianza, o di goderne la eredità, o di raggiungere in una parola tal fine a cui fosse necessaria la morte del nemico, sia egli ricorso all' arme bianca o a fuoco, al piombo grosso o al minuto, dovremo sempre esser tranquilli sulla intenzione più truce: perchè non ritenendola si andrebbe a supporre un disegno pazzo nello agente, una contradizione intrinseca nel medesimo. Se pria dell' azione il colpevole avrà, non per jattanza o trasoneria, ma con serio proposito manifestato di volere la morte del nemico, potrò essere di nuovo tranquillo ritenendo in lui la intenzione micidiale. Ma quando negli antecedenti si trova uno sdegno che fluttua, e

ha il suo sfogo così nella morte, come nella ferita; e quando nei susseguenti si trovano usati mezzi, che se potevano dar morte potevano però anchè non darla; non si ha che incertezza e fluttuanza nella ricerca intenzionale: e il giudice coscienzioso deve in questa incertezza abbandonare la vaghezza delle funeste divinazioni, e attenersi alla regola che in dubbio si deve presumere la intenzione più mite; che in dubbio dee prevalere la opinione che più è favorevole all'accusato. Io non posso che deplorare la vera precipitazione, e quasi dissi audacia, con la quale taluno corre per una fatale abitudine ad affermarsi dommaticamente certo dell'arcana intenzione di un accusato, per via di calcoli e ragionamenti che non entrarono forse mai nella mente di quell'infelice.

§. 59.

In quanto poi alla regola che da taluno si spende come precetto giuridico, doversi dalla natura dell'arme, dalla qualità del projettile, o dalla direzione del colpo, ritenere come *presunzione* la intenzione di uccidere, si cade in un vero abuso di dottrina. Suggerirono, è vero, i pratici cotesti criterii come regolatori della questione dell'animo: ma in quali termini li suggerirono? Poco o nulla occupandosi del tentativo, essi insegnarono coteste regole nel caso di omicidio consumato. Ma nell'omicidio consumato il *titolo* è costituito dallo evento. Si ha il *fatto* positivo che quell'uomo ha tolto la vita ad un altro uomo: il titolo è irrecusabile; è un omicidio: nasce solo questione sul *formale*. Si può dubitare se l'uccisore debba rispondere dell'omicidio in ra-

gione di dolo o di colpa; o se debba ammettersi la *preterintenzionalità;* oppure se debba concludersi, o ritenersi la *premeditazione.* Sorge allora il criterio giuridico che desume queste diverse condizioni del *formale* nel caso della prima ricerca dalla *previsione* o non *previsione* dell' effetto letale; e dalla previsione con volontà *determinata,* o previsione con volontà *indeterminata,* nel caso della seconda ricerca. Allora il giudice dovendo per definire il *formale* di un titolo già reso certo dal *fatto,* esaminare la *previsione* dello agente, egli è ben naturale che la *previsione* debba argomentare dalla *prevedibilità;* e la *prevedibilità* argomentare dal più o meno stretto nesso ontologico tra causa ed effetto. Tutto questo è logico. Poichè in fine dei conti subentra il principio necessario ad ammettersi in giure penale finchè la difesa non dimostri il contràrio: vale a dire che chi volle il *mezzo* volle l' *effetto,* quando l' effetto avvenne. Ma nel caso del tentativo il *fatto* non ci porge il titolo di omicidio, perchè l' uomo è vivo: il titolo di omicidio bisogna costruirlo tutto sulla base della intenzione. Non è più questione di *prevedibilità* maggiore o minore di un risultato *avvenuto:* è questione di *volontà* diretta ad un *effetto non prodotto.* E in simile campo le *presunzioni* desunte a *posteriori* non possono aver valore decisivo. Altro è che per via di presunzioni si connetta *un fatto certo* alla volontà di chi ne fu *causa reale:* altro è che per via di presunzioni si pretenda rilevare la *volontà decisa* a procurare una realtà che non avvenne, e difforme da quella che avvenne. Si può dire all' omicida — *dovete aver preveduto l' effetto che cagionaste, perchè era nella natura dei*

mezzi da voi adoperati di poter produrre ciò che produssero. Non si può dire al feritore — *dovete aver voluto uccidere anzichè ferire, perchè dovete aver preveduto che potea seguirne la morte.* Con quest' ultimo modo di obietto si procede dalla presunzione di *potenza,* che è *incerta,* alla affermazione della volontà che *deve esser certa.* E un *possibile* non verificato si equipara ad un *possibile verificato* per torre il titolo dalla base della *realtà,* e trasportarlo sulla base della *idea;* quasichè *potere* e *dovere* siano in tutti i casi identici agli effetti giuridici. Lo sono quando si giudica della relazione di un evento verificato con la moralità dello agente che ne fu causa: non lo sono quando si vuole affermare la divergenza tra l' effetto verificato e la intenzione dell' agente. La presunzione che il senso comune suggerisce è sempre quella che ognuno abbia *voluto fare ciò che ha fatto.* Quando trattasi di rafforzare cotesta presunzione per declinare la scusa della preterintenzionalità, la *potenza cognita* dell' atto eseguito e del mezzo adoprato sarà valevole. Ma per demolire cotesta presunzione, onde affibbiare a chi nella realtà è un feritore il rimprovero di omicida nella intenzione, non può valere altrettanto. È illogico che un argomento, perchè buono a convalidare una presunzione di buon senso, sia ugualmente valevole a rovesciarla. Vi vogliono degli argomenti più forti che non è un mero *possibile,* poichè dal possibile non si può cavare che un possibile: o vi vuole una necessità di rapporto tra mezzo e fine, resa inetta da un' accidentalità impreveduta, come nel veneficio e nel getto di un uomo dal campanile: o vi vogliono altre congetture, o rivelazioni dell' animo che ten-

gano ai *precedenti,* e giuochino alla lor volta col rapporto di cause ad effetto, come cagioni di suscitare la volontà più feroce.

§. 60.

Negli atti commessi per subitaneo moto di sdegno vi è deficienza assoluta di ogni criterio desunto dai *precedenti.* La causa di offendere nacque istantanea, e per lo più non fu proporzionata allo eccidio di una creatura. Non vi è nessuna preordinazione di calcolo; nessuna preparazione di mezzi. Ha esploso, ha ferito: ecco tutto. Lo elemento intenzionale pertanto si fa risultare dal fatto; si costruisce unicamente sui criteri materiali dell' azione, della quale il fine è la incognita che deve cercarsi. Si confonde in una parola lo elemento intenzionale con lo elemento materiale, anche quando questo non conclude il primo per una ontologica necessità. E così viene a costruirsi il conato con uno solo dei due elementi, laddove questi debbono simultaneamente concorrere a costituirlo.

§. 61.

Ecco che in fine dei conti le questioni intenzionali affidate al criterio unico di questa congettura si risolvono in biglietti alla lotteria: se ci si coglie, ci si coglie. Io tengo dunque per vero anche questo secondo requisito, senza occuparmi se la Corte di Cassazione di Firenze dicesse bene quando insegnò che nel dolo d' impeto per la legge positiva toscana non si può trovar tentativo: ovvero se essa dicesse bene

quando poi le piacque d'insegnare il contrario. I diritti costituiti, e le giurisprudenze (fluttuanti o no), che interpetrano uno statuto penale particolare di qualche paese, non alterano i dettati della scienza. Concludo dunque che lo elemento *morale* del tentativo deve consistere in una *intenzione diretta*, e *perfetta*.

b) ELEMENTO FISICO

Atto pericoloso — Indagine subiettiva.

§. 62.

Il *pericolo* nel tentativo fa la funzione del *danno immediato*. Come per regola il *consumato* misfatto non può essere se *danno* non vi è, così non può essere il *tentativo* se non vi è *pericolo*.

§. 63.

Ma il *pericolo* può non calcolarsi in certi atti per doppia cagione. O perchè *non vi sia* (ed allora manca il conato per ragione di *difetto* nella forza fisica) o perchè vi sia un *danno* o effettivo, o potenziale, che soverchi la considerazione del *pericolo;* ed allora manca il conato per ragione di *eccesso*.

§. 64.

Difetto nella forza fisica del conato. — Per dire che in certi atti vi fu *pericolo*, e così vi fu *tentativo*, bisogna che cotesti atti rappresentino un *inco-*

minciamento di esecuzione. Solo dal momento in cui con qualche *atto esterno* si è intrapresa la violazione di un diritto, può dirsi con verità che lo stato pericolante di quel diritto incominciò. Fino a questo punto vi sarà un'apprensione, e nulla più.

§. 65.

Da ciò si desumono due principii: — 1.° che ad aver *tentativo* occorre un *atto esterno* di esecuzione: — 2.° che questo atto esterno deve avere la *potenza* di raggiungere il fine delittuoso. Di qui le molte conseguenze che escludono la nozione del conato (per difetto nella sua forza fisica) da certi casi nei quali taluno erroneamente la ravvisò.

§. 66.

Dal primo principio se ne deduce che: — 1.° non possono tradursi come *conati* i *nudi pensieri.* Già sappiamo che coi nudi pensieri non si viola la legge civile. Senza atto esterno non può aversi delitto: dunque senza atto esterno non può aversi tentativo. E ove pure al pensiero delittuoso sussegua la sua manifestazione, questa semplice manifestazione non è mai un cominciamento di esecuzione. Nè dicasi, come taluno obiettò, che questa regola soffre eccezione nei delitti *di stampa.* Nei delitti di stampa non si punisce il *pensiero* anarchico, immorale, o antireligioso, come un *principio* di *esecuzione* di un attacco al trono o all' altare, o del delitto a cui lo scritto eccitò gli altri: ma come un delitto consumato, la cui forza fisica oggettiva sta nella diffu-

sione della idea sovversiva; il danno è recato alla società con la potenziale corruzione degli animi altrui.

§. 67.

2.° Non sono *tentativo* le *minacce* sebbene accompagnate da *gesto*, quando il gesto non è diretto ad *incominciare* la esecuzione del misfatto, ma soltanto ad esprimere la intenzione di commetterlo. Qui non solo manca la forza fisica del conato, perchè l' *atto esterno* guardato in sè stesso non è un intraprendimento della esecuzione criminosa, ma difetta eziandio lo elemento *morale;* perchè non si è certi che colui che minaccia abbia veramente l' animo di poscia eseguire. Se le minacce (il cui danno consiste nel timore arrecato) si punissero come conati, si andrebbe all' assurdo di doverle lasciare impunite quando constasse della intenzione di non eseguirle (1).

(1) Lacointa nel suo elaborato scritto intitolato *De la Crimiualité morale et legale*, *Toulouse* 1863, così si esprime su questo proposito a *pag.* 19 — *Cependant ne serait-il pas legitime (ce qui suffirait) que l' homme dont nous parlons pût être apprèhendé et condamné à uue peine adoucie? La manifestation formelle, non équivoque, publique notammeut, de la volonté de commettre un crime, exprimée par une parole même menteuse, comme il eu sort tant de la bouche de l' homme, ne pourrait-elle pas être frappée d' une peine légère, cette peine ayant pour but d' atteindre la menace considérée, non en tant que l' une des phases du crime résolu, mais en taut que méfait sui generis consommé par lui même, eu dehors de tout terme ultérieur? En droit pur ce serait aussi légitime qu' utile.*

Finquì il sapiente criminalista Francese parmi che sia a puntino concorde con la dottrina da me professata, che si riassume in questa formula — *la volontà di delinquere, sebbene manifestata per via di* minacce, *o d'* istigazioni, *o di* accordi, *non costituisce* tentativo: *e solo può punirsi come delitto* sui generis, *come fatto di per sè stante*. Ciò essendo, mi ha eccitato sorpresa il leggere nel lodato scrittore queste successive parole — *Nous nous étonnons que des criminalistes justement extimés* (Francesco Carrara op. cit. pag. 2 et *suiv.*) *ojent soutenu que le pouvoir humain n'aurait ni droit de punir ni intérêt à atteindre la résolution mauvaise la plus certaine et la mieux prouvée*. Io ho riletto la terza edizione di questo scritto, alla quale fa richiamo Lacointa; e in verità non mi è riuscito di trovarvi la frase della quale mi fa rimprovero. I miei scolari sanno d'altronde che io ho sempre insegnato — 1. Che la *minaccia* è un delitto contro la libertà personale, politicamente imputabile anche quando non è accompagnata dall'ordine — 2. Che gli *accordi* criminosi debbono punirsi come fatto speciale — 3. Che anche *la istigazione* a delinquere è punibile; se non che in ordine a quest'ultimo punto io divergo da alcuno dei miei colleghi, perchè mentre avvi chi crede doversi punire la istigazione quantunque diretta ai *più leggieri* delitti, ed altri credano che non sia punibile *mai*, io penso che sia punibile soltanto quando è diretta a delitti atroci.

§. 68.

3.° Non sono tentativi gli *accordi criminosi:* le idee, quantunque comunicate con la *parola* fra due malvagi; la volontà benchè spinta al più deliberato proposito nel concerto seguito fra più scellerati; non cessano di essere una *semplice idea*, una semplice *volontà*. La parola non è un atto esterno che *incominci la esecuzione* di un omicidio, di uno stupro,

di un incendio. L'accordo criminoso, e così il mandato, la istigazione, e la società a delinquere, possono imputarsi come delitti di per sè stanti, ma non come *tentativi;* perchè chi comanda ad altri di eseguire non ha anche cominciato la *esecuzione* del delitto che vuole.

§. 69.

Dal secondo principio se ne deduce che: 4.° Non sono conati gli atti meramente *preparatorii.* Sebbene nel disegno dello agente possano questi rappresentare un *cominciamento* della operazione criminosa ch' ei deliberò, in loro non può ravvisarsi la *univoca* direzione al delitto.

§. 70.

5.° Non sono conati gli atti che mancano di *idoneità* tanto *subiettiva* quanto *obiettiva.* La inidoneità che il Carmignani chiamò *subiettiva,* altri la dicono *assoluta,* altri *astratta.* È la inidoneità che accompagna il subietto attivo della esecuzione, qualunque sia per esserne il subietto passivo. La inidoneità che Carmignani chiamò *obiettiva,* altri la dicono *relativa,* altri *concreta.* È quella inidoneità che non accompagna costantemente certi atti; ma si verifica nel *rapporto* di *un fine speciale,* e di *altro* no. Così (a cagione di esempio) possono i periti dire che la quantità di veleno somministrata non era sufficiente ad uccidere *colui al quale* fu pòrto, perchè di costituzione eccezionalmente robusta, ma era capace a dar morte ad *altri* uomini di costituzione ordinaria: ecco una inidoneità *relativa, concreta,*

obiettiva; nata cioè dal *fine speciale* cui tendeva l' agente, che era di dar morte a quell' atleta. Tale inidoneità non basta ad escludere il *tentativo;* perchè guardato in *astratto,* in modo *assoluto,* o *subiettivamente,* il mezzo adoperato presentava una *idoneità.* All' inverso possono i periti dire che quel veleno non avrebbe ucciso uomini di salda costituzione; ma poteva benissimo uccidere *quel tale* cui voleva ministrarsi, perchè di tenera età, o di gracili membra. Ecco che il mezzo ha perduto il carattere di inidoneità che, guardato in sè astrattamente, potea presentare; ed è divenuto idoneo pel rapporto del *fine* cui dirigevasi nel caso concreto. Nel primo caso il pericolo esisteva in astratto, e mancò pel *fortuito impreveisto* della eccezionale costituzione della vittima designata. Nel secondo caso il pericolo esistè veramente.

§. 71.

In ambedue i casi si avrà il *tentativo,* perchè l' atto esterno offre un grado di *pericolo* che è sufficiente a costituirne la forza fisica. È gravissimo errore di una moderna scuola germanica pretendere che quantunque il mezzo sia inidoneo così in *astratto* come in *concreto,* pure si abbia conato imputabile politicamente. Cotesto sistema porta diritto a punire la *sola intenzione:* e sovverte il principio politico del diritto penale, riportando nella scienza sotto variato nome di sindacato morale il sindacato religioso che gittolla sì a lungo in una catena di errori sovversivi di ogni civile libertà.

§. 72.

Dissi il *tentativo:* e qui uso cotesta parola nel contrapposto di *delitto mancato;* perchè anco ammessa la distinzione fra *inidoneità assoluta* e *relativa,* non potrebbe mai cotesta regola, senza una suddistinzione normale, applicarsi al *delitto mancato;* come a suo luogo dimostrerò. Basti per ora accennare che la *insufficienza dei mezzi* non è ostativa alla nozione del conato in modo assoluto, mentre è ostativa in modo assoluto e costante alla nozione del delitto mancato.

§. 73.

Taluno questa teoria della *inidoneità* volle intendere in certa guisa, che senza avvedersene la distrusse. Taluno pensò (e mi dolse udirlo sostenere sul serio) che la *inidoneità* escludesse il *tentativo,* solo quando era *conosciuta* dallo agente. Ma questo è un errore palpabile, e nel quale cadde taluno per aver letto nelle instituta del Carmignani che la inidoneità doveva essere *obiettiva,* senza comprendere il senso nel quale il nostro grande maestro adoperava codesta parola, e traducendola non so con qual criterio nel significato d'inidoneità conosciuta dallo agente. Secondo costoro chi diede zucchero al fine di avvelenare, evade la imputazione del tentativo solo quando si mostri che egli *sapeva* la polvere da lui preparata essere sostanza *incapace* a dar morte. Se egli pensava erroneamente che anche il zucchero *bastasse* ad uccidere, o che quella pol-

vere fosse arsenico, egli è tenuto (al dire di costoro) per *tentativo* di omicidio, quantunque quella sostanza fosse assolutamente ed in rapporto a qualsivoglia individuo costantemente *inidonea* ad uccidere. Ma l' errore è tosto palese ove si avverta che se si suppone la *cognizione* della innocenza del mezzo, per necessità sparisce la *intenzione* di raggiungere il fine. Quando alcuno usa mezzo che *conosce* incapace a dar morte, o bisogna supporre la follia di tal uomo, o bisogna per necessità ritenere ch' ei non voleva uccidere. La *scienza* della inidoneità del mezzo distruggendo per necessità logica la volontà di raggiungere il fine, ne consegue che in tale ipotesi il tentativo sparisce per difetto di *intenzione*, e non per difetto di *idoneità:* cessa per difetto della forza *morale*, e non per difetto della forza *fisica*. Ed ecco perchè io diceva che la regola della *inidoneità*, con lo intenderla in cotesta guisa, veniva inavvedutamente distrutta.

§. 74.

La regola della *inidoneità* è regola di per sè stante. La inidoneità opera la cessazione dello *elemento materiale* del conato, e così la cessazione del conato per difetto di pericolo. Essa presuppone il pieno concorso dello *elemento morale*, la intenzione malvagia positivamente diretta a raggiungere il fine delittuoso. La quale non può esistere, se colui che adopera il mezzo non lo *crede* capacissimo a procacciar l' evento che risolutamente desidera. È in questo presupposto che la regola della inidoneità opera il suo effetto giuridico distruttore della no-

zione del tentativo. E l' opera non per ragione di mancanza di *volontà,* ma per ragione di mancanza di *pericolo:* e così pel principio ultimo e sommo dominatore di questa teorica, che dove cessa il *pericolo* non resta che la malvagia *volontà;* perchè l'atto esterno inidoneo è come *non esistente* in faccia alla legge sociale, e la nuda *volontà* scompagnata da *danno* e da *pericolo* non si può punire dalla giustizia terrena.

§. 75.

Interessa però avvertire che quando si parla di *tentativo,* la *inidoneità* di un atto non distrugge la *idoneità* degli atti precedenti. Così se dopo una serie di atti diretti ad un fine criminoso e *capacissimi* a raggiungerlo, se ne eseguisca un altro del tutto *inidoneo,* ed anche distruttivo della idoneità dei primi; qualora quella serie di atti *idonei* precedenti già costituisse un *tentativo* punibile, l'ultimo atto *inidoneo* non fa scomparire il *tentativo* precedentemente compiuto. Lo errore che avviluppò l' intelletto dell'agente, e lo portò a far l'atto *inidoneo* supponendolo *idoneo,* rappresenta il *fortuito* che impedì l'evento sinistro. Ciò impedì il delitto consumato; ma non distrusse il tentativo già compiuto, nè cancellò la imputazione già incorsa: sì perchè *factum infectum fieri nequit;* sì perchè fu questo un processo ulteriore della perseverante volontà criminosa. L' avvelenatore preparò il veleno, e si introdusse nella casa del nemico per gettarglielo nella vivanda: ma avvenne che lo gettò in un vaso ove bolliva tale sostanza in cui era virtù di neutralizzare la potenza micidiale del veleno. Ecco che da questo momento

tutti gli atti successivi diretti a consumare la porrezione del veleno cadono sopra un subietto attivo secondario, che è divenuto *inidoneo* perchè ormai quella miscelà *non è più veleno*. Se fin da principio gli atti esecutivi fossero caduti sopra sostanza assolutamente innocua, non vi sarebbe mai stato *pericolo*, ed esulerebbe ogni idea di *tentativo* punibile. Ma nel caso proposto è forza distinguere la prima serie degli atti dalla seconda. Per tutta la prima serie il mezzo era *idoneo*. Il malvagio acquistò il veleno: lo preparò: s' introdusse nella casa del nemico; si appressò al focolare ove bollivano le vivande. In tutta questa serie di atti il mezzo fu *idoneo:* era un veleno micidiale. Dopo il getto nel vaso che chiudeva la sostanza neutralizzante, il mezzo divenne *inidoneo:* da questo momento la seconda serie di atti non può aver peso sulla bilancia della giustizia; essi sono nulli perchè, caduti su mezzo inidoneo non presentano *pericolo*. Ma i primi erano già fatto compiuto, e nei primi vi era la *idoneità*, e con questa il *pericolo;* nè la prima serie di atti volontarii, che presentano tutti i caratteri del tentativo, può cancellarsi per gli atti successivi coi quali o un' *accidentalità*, o *involontariamente* lo stesso reo, distrusse l' effetto dei primi. Certamente a fare sparire il *delitto mancato* basta che la inidoneità colpisca *uno solo* dei molti momenti di esecuzione del delitto, in qualunque stadio della loro serie egli cada; come altrove dirò. Ma il *tentativo*, se prima esisteva, non cessa di esistere.

§. 76.

Non deve adunque mai perdersi di vista nel calcolo della inidoneità, la considerazione dell' ordine *cronologico* che l' *atto inidoneo* occupa nella serie dei momenti esecutivi. E deve tenersi conto di ciò per applicare il principio, a parer mio incriticabile e fecondo di molteplici conseguenze, che la *inidoneità* antecedente *informa tutti gli atti* susseguenti; *ma* la *inidoneità* susseguente *non modifica gli atti* antecedenti.

§. 77.

6.° Cessa il conato per l' *ostacolo giuridico* alla sussistenza del delitto voluto. Questo caso si avvera tutta volta che gli atti esecutivi, sebbene astrattamente idonei e dall' agente diretti esplicitamente al fine delittuoso, caddero sopra un *soggetto passivo* che, o in sè medesimo, o nei rapporti *con la persona delinquente,* offriva tali caratteri da distruggere *legalmente* la nozione del delitto voluto.

§. 78.

Ciò si esemplifica in colui che credendo consumare adulterio con la donna d' altri, giacque con la donna propria, o con donna che all' insaputa sua era di già vedovata del proprio consorte: in colui che credendo commettere un furto, rubò la cosa propria, o quella pertinente al suo genitore: in colui che introdottosi notturnamente in casa del nemico, lo assalì nel suo letto, e credendolo sopito gli im-

merse il pugnale nel cuore, mentre quegli era già per istantaneo morbo mancato ai viventi. In questi e simili casi si riscontrerebbe ad esuberanza quanto la scienza esige ad avere il *tentativo* criminoso: elemento morale nella determinazione di commettere quel delitto; elemento fisico nella esecuzione di atti conducenti allo scopo. Ma la legge non ravvisa adulterio nel concubito con la donna propria o con donna libera: non ravvisa furto nella sottrazione delle cose proprie, o pertinenti ai genitori: non omicidio nel pugnalare un cadavere. Se il delitto non fu consumato, nol fu per l' ostacolo *legale* che lo rese impossibile a causa o della condizione del subietto passivo, o delli speciali rapporti tra questo e l' agente. Ora poichè gli atti si diressero su quel subietto, si diressero in tutta la loro serie ad uno scopo *legalmente impossibile;* e perciò non vi fu mai neppure un istante il *pericolo* della violazione della legge. Concordi i nostri maestri insegnarono che in simili contingenze sparisce la nozione del *tentativo*. Questo è il caso che dicesi di delitto impedito da *causa legale.*

§. 79.

In cotesto punto della dottrina deve però distinguersi fra il caso in cui la repugnanza *legale* si verifichi soltanto nel *subietto passivo della consumazione,* ed il caso in cui si verifichi anche nel *subietto passivo dell' attentato.*

§. 80.

Dicesi *subietto passivo dell' attentato* tutto ciò su cui cadono gli atti esecutivi precedenti la consuma-

zione. Dicesi *subietto passivo della consumazione* ciò su cui cadono gli atti consumativi del delitto. Così nel furto che si eseguisca (a cagione di esempio) col mezzo di scasso, la porta che il ladro infrange, la casa che egli invade, sono il *subietto passivo dell' attentato,* perchè con lo atterrare l'uscio e con lo introdursi in casa non si consuma il furto. Invece il mobile che il ladro prende per appropriarselo costituisce il *subietto passivo della consumazione,* perchè con quella apprensione consumasi il furto (1).

(1) L' *obietto* del delitto non è l' uomo, o la cosa. Il *delitto,* concetto tutto giuridico, non ha altro *obietto* che la *legge* che viola. Facendo *obietto* del delitto l' uomo o la cosa si mette da parte affatto *la legge* offesa, che è la primaria condizione del delitto, poichè se ella non fosse non esisterebbe neppur questo. Nei delitti si punisce non la offesa all' uomo o alla cosa, ma la offesa alla legge. Tanto è ciò vero che se si supponesse la ignoranza invincibile della legge proibitiva, la offesa all' uomo e alla cosa non sarebbe punibile.

Tuttociò che materialmente costituisce tale infrazione, è *subietto* del delitto. Ne è *subietto attivo* l' agente, e gli strumenti che adopera: attivo *primario* lo agente; attivo *secondario* gli strumenti (vedasi *Programma* §. 40): ne è *subietto passivo* l' uomo o la cosa sulla quale si è consumata l' azione. Con l' azione di quelli, e con la passione di questi, si viene a ferire la legge; ultimo ed unico bersaglio delle materialità criminose. Procedendo con altro linguaggio, o bisogna denaturare la nozione giuridica del delitto che consiste nella *infrazione di una legge:* o bisogna dargli *due obietti;* lo che genera confusione. L' uomo o la cosa sono *obietto* materiale dell' *azione:* il subietto passivo sotto il rapporto materiale sarà *obietto* al subietto attivo. Ma l' uno e l' altro assumono il carattere di *subietto* in faccia alla *legge* violata, quando non più si considerano gli atti isolati nella mera loro

condizione di *fatto:* ma, passando a farne un *delitto*, tutto l'insieme dei materiali che concorsero a violare la legge si guarda nel suo rapporto giuridico col precetto violato. Questo avvicendarsi della condizione di subietto e di obietto nella cosa stessa secondo lo inoltrarsi di un' azione, è d'altronde costante; e deve esserlo, perchè si tratta di una nozione che non è *assoluta*, ma puramente RELATIVA: per esempio, finchè mi guardate mentre pesto il veleno, di questa mia azione il subietto son io, l'obietto è il veleno; se poi mi guardate quando vado ad avvelenare la minestra gettandovi quel veleno, il subietto in questa azione sono io ed il veleno, l'obietto è la minestra; se proseguite a guardarmi quando porgo la minestra attossicata al nemico, ecco anche la minestra è divenuta subietto, l'obietto è il nemico. Se infine guardate tutto questo insieme di atti, non più nel loro vicendevole rapporto materiale, ma nel rapporto del loro complesso con la legge, anche l'uomo perde in questo rapporto il suo carattere di obietto e diviene (come lo divennero la minestra ed il veleno) subietto della violazione della legge, ossia dell'ente non materiale, ma astratto, che chiamasi *delitto*.

L' *obietto* del peccato chi è? È Dio offeso nella sua legge. Non è già la cosa rubata, o la donna violata; ma Dio: perchè la nozione teologica del peccato è quella di offesa a Dio, non all'uomo. E così la nozione giuridica del *delitto* è la offesa alla legge sociale; non all'individuo. Dunque l'obietto del delitto non è l'individuo, ma la legge. E così l'obietto di ciascun delitto viene a specializzarsi nel *fine criminoso*, in quanto viola la legge.

§. 81.

Ora io diceva che la teoria dell' *ostacolo legale*, verissima quando l'ostacolo risieda nel *subietto passivo* così dell' *attentato* come della *consumazione* congiuntamente, non parmi vera quando l'ostacolo

che riscontrasi nel *subietto passivo della consumazione,* non si riscontrò nel *subietto passivo dell' attentato.* Tornando all'esempio del furto con scasso, fingasi che il ladro siasi introdotto nella casa altrui atterrandone la porta: certamente quella effrazione a fine di rubare costituisce in faccia ai principii della scienza ed alle pratiche Italiane il *tentativo* di furto; e se il ladro fosse a questo momento sorpreso, non esiteremmo ad imputargli il titolo di tentativo. Ma è avvenuto che il ladro dopo quella effrazione, penetrato nell' altrui dimora, per la oscurità o per la sollecitudine illuso, anzichè togliersi cosa di altri, ha preso la cosa propria che accidentalmente colà si trovava. Certamente nessuno dirà che egli abbia *consumato* un furto: ma questa accidentalità distrugge ella il precedente *tentativo,* che era ormai fatto compiuto, e che non essendo diretto a rubare precisamente codesta cosa, aveva sotto il rapporto della intenzione e per il lato della potenzialità materiale, tutti i caratteri del tentativo punibile? A me pare che no. Cotesta *accidentalità,* cotesto errore è il fortuito che ha impedito la *consumazione,* perchè i rapporti tra il subietto attivo ed il subietto passivo della consumazione fecero impedimento alla nozione del delitto. Ma questo fortuito non cancella la imputabilità degli atti precedenti: in quelli era idoneità, e nel tempo stesso vi era attuale *pericolo;* e senza quel fortunato errore si sarebbe consumato un vero furto. Ritorno dunque al principio affermato di sopra; la *inidoneità* dell'atto *consumativo* non distrugge la *idoneità* degli atti *attentatorii:* e quando questi presentino i caratteri costituenti l' attentato punibile la inidoneità dell' atto consumativo è un for-

tuito che ha impedito la consumazione, ma che non può far cessare il precedente conato, nè la imputazione già incorsa per tale conato. Perchè l'*ostacolo legale* residente nel *subietto passivo della consumazione* distruggesse la nozione del tentativo nei precedenti atti esecutivi, bisognerebbe dimostrare che quel ladro atterrò la porta, e si introdusse colà al *fine preciso* di sottrarre *quella cosa* che credeva di altri ed era sua. Allora gli atti essendosi fin da principio diretti ad un *fine* nel quale il *reato* era *legalmente* impossibile, cessa ogni idea di pericolo anche nei precedenti. Ma se il ladro si introdusse col fine di rubare altri oggetti e casualmente errò, non sembra possa dirsi altrettanto.

§. 82.

7.° Affine al precedente è il caso di cessazione di conato per la *mancanza* del *soggetto passivo della consumazione;* o come altri meno esattamente dicono, dell' *oggetto.* I ladri si introdussero a fine di rubare in una casa che era assolutamente vuota: non vi erano che le nude pareti. La Corte di Napoli decise non ricorrere in questo caso gli estremi del tentativo di furto, perchè i ladri pretendendo rubare dove non era niente da rubare, si accinsero a cosa impossibile. Su questa considerazione molti criminalisti di vaglia adagiano la regola generale, che la mancanza del *soggetto passivo* della *consumazione* faccia sparire costantemente il *tentativo.* Il principio è vero: e si segnala come una aberrazione la sentenza di un tribunale superiore di Sassonia, che nel 1851 condannò come rea di *tentato*

aborto una ragazza, la quale aveva sorbito un abortivo credendo esser gravida mentre realmente non lo era. Mi permetterei peraltro di dubitare di questa regola nel modo assoluto col quale si spende: e le mie ragioni di dubitarne sono le seguenti.

§. 83.

La *non esistenza* del soggetto passivo del delitto nel luogo ove il reo credeva trovarlo, può rappresentare il caso *fortuito* che ha impedito la consumazione del delitto. Ma se senza questo fortuito imprevisto gli atti precedenti presentavano una *idoneità* da eccitare ragionato timore, perchè il *pericolo* che esisteva in tali atti deve tenersi in niun conto? Figurisi che un mio nemico abbia preparato una mina sotto il mio letto per incendiarla quando io vi giaccio, e così procurarmi la morte. All'ora in cui soleva essermi coricato, ed il nemico credeva che io lo fossi, egli ha fatto esplodere la mina. Ma fortunatamente in quella sera io mi coricai in altra camera, o in quell'istante io mi era alzato dal letto, e fui salvo. Applicando illimitatamente l'anzidetta regola, si dirà che qui non esiste *tentativo* punibile perchè mancava il soggetto passivo. Che non vi sia *delitto mancato* ne vado pienamente d'accordo: ma che non vi sia neppur *tentativo* io non so persuadermelo. Fino al momento della consumazione io veggo una serie di atti malvagiamente diretti a fine nefasto, e rigurgitanti di grave pericolo; e rimpetto a questi io scorgo una imputazione già incorsa: nè so persuadermi che codesta imputazione si cancelli per la precipitanza con che il

malvagio (sempre tenace nel reo proposito) ha dato opera all' atto consumativo. Quest' ultimo atto fu inutile, inidoneo; e perciò sta bene che la giustizia non ne tenga calcolo contro di lui: ma da ciò non deriva, a mio credere, che quest' atto di più col quale ei spinse fino all' estremo lo scellerato disegno, debba purgarlo dalla imputazione già incorsa. E chi non vede che ne avverrebbe l'assurdo di migliorare la condizione del giudicabile per la unica ragione che egli ha fatto un passo di più nella carriera del delitto! Può egli ammettersi che un reo si purghi dalla responsabilità che già lo grava, col perseverare nel truce divisamento, ed eseguire un atto ulteriore per violare la legge!

§. 84.

Credo pertanto che la regola della *mancanza del subietto passivo della consumazione*, abbia tuttora bisogno di essere meditata da menti che più valgano della mia (1).

(1) Nel senso della dottrina che la *mancanza* del soggetto passivo del delitto escluda ogni tentativo, vedasi Niccolini *questioni pag.* 617, *ediz. livornese* — Rossi *lib.* 2, *cap.* 30 — Le Sellyer 1, 18 — Chauveau *vol.* 1, *pag.* 170 *Bruxelles* 1845 e gli autori citati in nota — Rauter *n.* 94 *a* 97 — Trebutien *vol.* 1, *pag.* 93 — *Montpellier* 26 *février* 1852 — Puccioni *Saggio pag.* 76, e *Commentario vol.* 2, *pag.* 13 *e* 64. Nel senso della dottrina opposta, argomentata dalla *leg. saccularii ff. de extraordinar. criminibus*, può vedersi la decisione della Corte di Agen 8 decembre 1849, la quale contempla il semplice caso della inidoneità dei *mezzi;* e la decisione della nostra

Cassazione del 22 gennaio 1841 (*Annali III*, 1, 53). Trovo pure che ai miei dubbii si accosta ciò che osservò il Pizzoli nello scritto lodato di sopra. Non bisogna però dimenticare giammai che nello studio di *tutte* le questioni del tentativo è pericoloso lo accettare ciecamente come dottrina *scientifica* le opinioni dei moderni criminalisti *francesi*. E ciò per la ragione che essi fondano le loro teorie sulla viziosissima redazione dell' art. 2 del loro codice del 1810, che racchiude sotto una stessa formula il tentativo prossimo e il delitto mancato. Cosicchè tali opinioni, che sono vere e buone rimpetto al diritto *costituito* in Francia, non sempre corrono come precetti assoluti di scienza.

§. 85.

Io volentieri distinguerei il caso in cui il *soggetto passivo* non aveva mai esistito nel *luogo* ove si dirigeva l' azione, dal caso in cui *vi ha esistito*, e *doveva* verosimilmente esistervi nella ora della consumazione del delitto, ma per un' accidentalità ne fu tolto o non vi fu ancora collocato. Così se il casamento invaso dal ladro era abitualmente vuoto, il ladro gittossi a ventura, ed ai suoi atti inconsiderati potrà mancare il criterio del *tentativo*. Ma se colà esisterono per lo innanzi gli oggetti che disegnava rubare, e per cautela del padrone si erano altrove poco prima asportati, questa cautela o casualità che configura il fortuito impedimento della consumazione, non può togliere al fatto la nozione del tentativo.

§. 86.

Eccesso nella forza fisica del conato — Il *difetto* nella forza fisica del conato si avvera quando

negli atti nei quali pretenderebbe ravvisarsi *tentativo,* non ha esistito *pericolo.* Lo *eccesso* si avvera quando, oltre il *pericolo* di un danno non avvenuto, gli atti eseguiti recarono un *danno presente,* che sotto il rapporto della politica gravità supera ed assorbisce la considerazione di cotesto pericolo.

§. 87.

Ciò accade quando gli atti posti in essere come *mezzo* diretto ad un fine criminoso non ottenuto — 1.° o costituiscono già *completa* la violazione di questo stesso *diritto,* e di quella stessa legge che si volea manomettere con l'atto finale; cosicchè la *effettività* della violazione della legge congiunta alla *potenzialità* del danno *materiale* suppliscano alla non verificata *effettività* di questo — 2.° o costituiscono violazione *completa* di un diritto e di una legge *più importante.* La teorica dell'*eccesso* può ridursi alla formula generale della *prevalenza del mezzo sul fine.* La prevalenza poi può derivare o da prevalenza del *diritto astratto* che si attaccò col mezzo, o da prevalenza del bene materiale che col mezzo si tolse.

§. 88.

Per cagione del primo resultato può stabilirsi come regola che nei delitti di *danno immediato universale,* il conato quando effettuò una lesione del diritto *universale* trapassa sempre in delitto perfetto, quantunque lo agente non abbia raggiunto il suo fine. Così nei delitti contro la *morale,* o la *religione,* non si ha che o delitto perfetto, o atto innocente.

Non potendo esistere il tentativo senza atto esterno incoativo di esecuzione, ne avviene che i primi atti esterni conducenti ad oltraggiare la morale o la religione, sebbene obiettivamente appariscano interrotti perchè il malvagio non raggiunse il fine voluto (per esempio non arrivò a spezzare, come voleva, la sacra immagine contro la quale menava colpi) presentano già *subiettivamente* completa la offesa alla religione, od alla morale; e si hanno perciò come *consumati* delitti. Così in certi delitti *politici*, consistendo la violazione della legge nello *attacco* contro l' autorità politica dello Stato; o gli atti eseguiti non sono niente, o se hanno incominciato la esecuzione, vuol dire che hanno incominciato l' attacco contro il governo, e presentano una violazione della legge già completa in sè stessa; un delitto *perfetto*. Così nei delitti di *parola* non potendo il cominciamento univoco di *esecuzione* consistere che nel proferire certe parole esprimenti (per esempio) ingiuria, o bestemmia; se tal parola non sarà proferita, non si avrà principio di esecuzione, e se questo vi sarà bisognerà trovarvi la completa violazione della legge, e per conseguenza non più il *pericolo* ma il *danno* effettivo. Così in tutti i delitti i quali *perficiuntur unico actu*, il cominciamento di esecuzione rappresenta sempre il *danno*, e la effettiva lesione del diritto; e perciò non ammettono tentativo. Così in tutti quei delitti nei quali la legge punisca il solo *pericolo* (come la delazione di arme, dove questa si mantenga nel novero dei veri delitti) il cominciamento di esecuzione che rappresenta il pericolo, viene a costituire ciò che basta alla legge per avere un delitto *perfetto*. Nulla importa che il reo avesse

in animo di delare più lungamente quell' arme, e ne sia stato impedito: in quel primo momento si ha già la *consumata* infrazione della legge.

§. 89.

Di questi casi di cessazione di conato il Carmignani forma una terza classe speciale, in cui secondo il suo linguaggio sparisce il tentativo per la *indole dell' azione*. È vero che la causa della cessazione del conato è in tali casi la *indole* dell' azione; ma questa è la causa ontologica. La causa *giuridica* per cui siffatta indole di azione non ammette tentativo, è la ragione dello *eccesso;* perchè in cotesti casi si trova già consumata la violazione della legge nei primi atti di esecuzione. Laonde ammesso che ambedue le formule siano esatte, io prescelgo questa perchè più semplice.

§. 90.

Per cagione del secondo risultamento lo *eccesso* fa sparire il conato in tutti quei fatti che nel rapporto subiettivo sono più gravi, o almeno di gravità uguale, che nel rapporto obiettivo.

§. 91.

Tutte le azioni degli uomini sono una continua catena di *mezzi* e di *fini.* Se si menasse buono ad un reo il pretesto di non avere conseguito il suo *ultimo fine,* per degradargli la imputazione sul calcolo della *imperfezione* del delitto, non avremmo mai termine; e rarissima sarebbe l' applicazione della pe-

na e del titolo di *delitto perfetto*. Raramente (tranne casi di vendetta) il delitto è fine a sè stessò. Un uomo rapisce una donna per saziare la libidine: altri giura il falso per fare assolvere un reo: altri incute terrore perchè si desista da un fatto: altri uccide per avere la eredità: altri congiura per rovesciare il governo: altri diffama il nemico per fargli perdere l'impiego: altri predica gli empj dommi perchè sia rinnegata la fede: altri falsifica per lucrare: e non finirei sì tosto con tali esempj. Ecco: la prima violazione della legge nel disegno del reo non è che un *mezzo* per la consecuzione di un bene; nella quale può di frequente ravvisarsi una seconda violazione di legge. L' accusato vi dirà, io rapii la donna, ma non isfogai il disonesto appetito: giurai falso, ma non fui creduto: favoreggiai, ma il reato fu scoperto: atterrii, ma non fu desistito: uccisi, ma non ebbi il retaggio: congiurai, ma invano: diffamai, ma non riuscii al disonore del nemico: predicai, ma non ebbi proseliti: se voi lo lasciate correre su questa linea non avete più che attentati. Ma questa linea è rinnegata dalla scienza moderna. Se fosse il giudice obbligato a tener dietro all' *ultimo fine* del reo per decidere se ricorre o no *delitto perfetto*, si avrebbe una confusione senza confini: nè più sarebbe possibile trovare una formula per definire il conato. La scienza però distingue fra il *compimento del disegno* del reo, e la *effettiva violazione della legge*. E in questa ella trova secondo le sue condizioni delitto *perfetto*, quantunque il colpevole non abbia conseguito l' *ultimo fine* del suo disegno, e non abbia forse neppure incominciato la esecuzione degli atti ulteriori che dovevano procacciare quel fine. Nel di-

segno del reo la *operazione* è *incompiuta,* o delusa: agli occhi della scienza il *delitto* è *consumato.* Se le operazioni ulteriori che dal reo si attendevano avrebbero violato un *diritto più importante,* il delitto perfetto che fu *mezzo* si giudica come attentato del *delitto fine;* appunto perchè il fine *eccede* in gravità politica sovra il mezzo. Ma se invece accade il rovescio, il delitto destinato ad essere *mezzo* si giudica come *delitto perfetto:* e ciò tanto se la *prevalenza* del *mezzo* sul fine sorga dalla *natura* del diritto attaccato col medesimo, perchè *diritto universale;* quanto se aggredendosi così nel mezzo come nel fine un diritto *particolare* la *prevalenza* del mezzo emerga dalla *entità* del diritto attaccato. In ambo i casi lo avere agognato quel fine può aggravare il delitto; ma il non averlo ottenuto non ne può degradare il titolo.

§. 92.

Così la *calunnia,* il *favoreggiamento,* e la *falsa testimonianza,* sebbene obiettivamente interrotti (perchè non giunti a procacciare la condanna dell' innocente, o l' assoluzione del colpevole) sono delitti *perfetti:* perchè mirando la legge che a tali delitti si oppone, a proteggere la santità della pubblica giustizia, tostochè la falsa accusa od il falso deposto sono completi, è completa la violazione del diritto *universale* che la legge protegge, perchè consumata la offesa alla giustizia: ed è *perfetto* il delitto.

§. 93.

Sovra tale proposito bisogna per altro avvertire alla formula che si adopera. Quando si dice che LA

calunnia, e LA *falsa testimonianza* NON SONO *conati*, si usa una formula esatta. Se si dice che NELLA *calunnia* O NELLA *falsa testimonianza* NON SI AMMETTE *conato*, si usa formula imprecisa, e che può esser feconda di errore. Anche la calunnia e la falsa testimonianza ammettono tentativo relativamente a sè stesse. Ed ognuno di facile lo comprende.

§. 94.

Ugualmente per ragione di *eccesso* non può ammettersi tentativo di *esimizione* col mezzo di *resistenza*. La esimizione ammette un tentativo quando siasi voluta procacciare con altri mezzi. Ma il mezzo di resistere alla pubblica forza presenta in sè un delitto consumato e perfetto, perchè è consumata la lesione del *diritto universale* sviluppata dal fatto di resistere alla pubblica forza per impedire un atto di giustizia; del qual fatto il diverso fine costituisce un elemento *essenziale* della resistenza, costituendo la *direzione* della lotta all' impedimento dell' atto di giustizia: ma non può farlo degenerare in tentativo. Laonde la *resistenza a fine di esimere* tostochè fu eseguita, sebbene senza ottenere la esimizione, deve imputarsi come *resistenza a fine di esimere*, cioè come delitto *perfetto* e non come *tentativo di esimizione*. Tale è la opinione che io tenni sempre per vera. E tale concetto pare a me non difforme ma conforme al combinato disposto degli articoli 143, e 157 del codice Toscano.

§. 95.

Nel delitto di falso *nummario* e di falso *istrumentale* varia la nozione del *conato* secondo il di-

verso principio che si elegge come costitutivo della loro importanza. Il *fine* di colui che falsifica una moneta od un documento deve essere quello di illudere altri, e a danno loro *arricchirsi:* cosicchè il *fine* non può dirsi a tutto rigore ottenuto finchè la *locupletazione* del reo non avvenne mercè l'uso fortunato della moneta o documento falsificato. Ciò portò alcuni a ritenere che il delitto di falso non fosse *perfetto* finchè con la moneta *spesa,* o col documento *corrotto,* non si era ottenuto lo spoglio altrui. Ma questo concetto che rendeva rarissima la perfezione del delitto in tali reati, non poteva praticamente accettarsi. La *offesa* in simili delitti non deve guardarsi rispetto al privato patrimonio, ma alla *pubblica fede* tradita mercè la *immutazione del vero* caduto sovra cosa che è di pubblico interesse. Quando gli uomini, per agevolare il commercio e le contrattazioni, ebbero inventato la moneta e il documento autentico, nacque un *diritto universale* nei cittadini; il diritto cioè che la moneta o il documento non si alterasse, perchè nel circolo degli affari ognuno *potea* restare danneggiato dalla contraffazione. Siffatto *danno potenziale* è cosa tutta distinta dal danno *mediato.* Questo consiste nel *timore* di una *ripetizione* del delitto, ed è tutto di immaginazione: quello risulta dal delitto *già commesso,* ed è tutto di *realtà.* Il danno che fa l'artefice ponendo in circolo la falsa moneta ferisce tutti *immediatamente* nel patrimonio, non nella *opinione* soltanto. Sarà un danno meramente *potenziale;* ma è danno *immediato.* È interesse generale che si rispetti la *fede* dovuta a certe specie, e a certi documenti. Perciò vennesi a ravvisare come *perfetto*

il delitto di falso tostochè, oltre la contraffazione, si aveva un principio di *uso* del documento o moneta alterata; quantunque per tempestiva discoperta non fosse avvenuto il lucro del reo, ed il detrimento altrui. Ma la forza logica dell' anteposta considerazione non fermossi qui. Ammesso una volta il principio, bisognava seguirlo in tutte le sue deduzioni: e lo fu. Trovato che in questi delitti la offesa recata alla pubblica sicurezza col falsificare, era più grave della offesa recata al privato patrimonio con la estorsione del denaro, dovette ravvisarsi nella *falsificazione materialmente consumata* una *perfetta* offesa alla legge per quanto poscia, impedito l' *uso*, rimanesse delusa ogni ulteriore espettativa del reo. Ed ecco che anche questa dottrina riposa sul principio dello *eccesso:* in quanto appunto col *mezzo* si viola un diritto poziore di quello si violerebbe con l' assecuzione del fine. Dee qui per altro ripetersi l' avvertenza fatta di sopra in proposito della calunnia: altro è dire che la falsificazione *consumata* di un documento pubblico o di una moneta *non sia* mero tentativo; altro dire che il falso *non ammetta* tentativo. Se la fabbricazione della falsa moneta rimase interrotta, qualora gli atti eseguiti offrano i caratteri di un conato politicamente imputabile, si avrà benissimo un tentativo di falso nummario. Ma quando la fabbricazione è completa, il delitto di falso è *perfetto,* quantunque il colpevole non sia ancora arricchito, nè alcun privato abbia sofferto danno nel suo patrimonio. Lo stesso ripetasi nel falso commesso in pubblico istrumento.

§. 96.

Finalmente per ragione di *eccesso* non si imputa come *tentato*, ma come consumato *latrocinio* la uccisione di un uomo commessa a fine di rubare; quantunque al colpevole, dopo consumata la strage, sia per qualsivoglia causa impedito il rubamento. Obiettivamente considerato lo evento sarebbe mancato, perchè ciò che colui agognava, cioè la propria locupletazione, non fu ottenuto; ma guardato subiettivamente presenta negli atti eseguiti come *mezzo*, la consumata violazione di un diritto più importante di quello che si voleva violare come *fine;* il diritto alla *vita* rimpetto al diritto alla *roba*. Perciò quell'atto non è un *conato,* ma un delitto *perfetto.*

§. 97.

Qui mi cade in acconcio di esaminare una elegante questione che è stata recentemente sollevata, di non lieve interesse per la pratica, sul punto di sapere se sia *giuridicamente possibile* lo ammettere la concorrenza del titolo di *attentato* e di *consumato* delitto in una *unica azione*. Supponendo che un ladro che già aveva intascato una somma sia sorpreso ed impedito mentre stava per prendere un'altra somma, sostenne alcuno che dovesse in questo caso ravvisarsi la *concorrenza* del furto *consumato* in quanto alla somma già presa, e del furto *attentato* in quanto alla somma che il ladro non aveva ancora presa. Si considerarono per tal guisa come due concetti distinti la idea di prendere quella

prima somma, e la idea di prendere la seconda somma: e così si disse che il primo disegno era compito, il secondo no; e che per conseguenza si avevano due distinti titoli di delitto.

§. 98.

Altri invece confutando questa opinione, sostenne in senso opposto (ed a parer nostro con miglior fondamento) che bisognava considerare il disegno per *modum unius*, tuttavolta che esso doveva svolgersi in una *unica azione*. Era il disegno di rubare il complessivo importo di *tutto* quel denaro. Intascando la prima porzione di quel denaro, il ladro incominciò la esecuzione del suo disegno criminoso. Fu interrotto a metà di cammino. Dunque sorge il titolo del furto *tentato* di quella *intera* somma. Questa seconda opinione si fa forte dall' osservare, che se si ammettesse una volta che un atto diretto ad un fine criminoso, quando costituisce in sè un *delitto speciale* sviluppasse la *duplice funzione* di atto consumativo del delitto in sè stante, e di atto *esecutivo* del delitto non compiuto; si verrebbe alla conseguenza che ogni ferimento a fine di uccidere dovrebbe doppiamente punirsi, e come *ferimento consumato*, e come *tentato omicidio:* gli atti preparatorii allo stupro violento dovrebbero punirsi come *atti di libidine*, e poi come *tentativo di stupro*. E così la *effrazione* dovrebbe punirsi come *effrazione;* la *invasione di domicilio* come *invasione di domicilio;* e poscia punirsi come *tentativi di furto;* e via così discorrendo. Lo che è assurdo.

§. 99.

Questa opinione coinciderebbe con ciò che dettai nel mio *Programma*, alla materia del *delitto continuato* (1) circa la distinzione fra pluralità di *atti*, e pluralità di *azioni*. È ben vero che sottilmente potrebbe obiettarsi non correre parità fra caso e caso, perchè la invasione di domicilio, la effrazione, il ferimento ec. sono *mezzi* rispetto al furto, o all' omicidio disegnato. Laddove l' apprensione di una parte della somma è *fine* in rapporto a sè stessa, e non già *mezzo* a prendere l' altra somma. Talchè apparirebbe repugnante il dichiarare *attentato* il *raggiungimento parziale* del fine. Malgrado ciò io propenderei per questa seconda opinione, quantunque in qualche combinazione pratica possa eccitare il sospetto di un assurdo, qualora per la *quantità già presa* la pena del consumato furto fosse più grave di quella che colpirebbe l' attentato furto della somma totale. Allora genererebbe ripugnanza che il ladro si dovesse punir meno soltanto perchè aveva intenzione di rubare di più. Ma tale difficoltà pratica si elimina facilmente a mio credere mercè la regola della *prevalenza*, che fa sparire la considerazione del conato quando gli atti già eseguiti costituiscono in loro stessi un delitto più grave. Con questa distinzione che è tutta coerente ai principii, io accetterei la seconda soluzione del proposto problema.

(1) Vedasi anche Puccioni *codice penale Toscano illustrato vol. II, p. 261, art. 80.*

§. 100.

Ma la dottrina che vorrebbe in una sola azione trovare gli elementi di due titoli di reato (furto tentato, e furto consumato; adulterio tentato, e adulterio consumato) recentemente sostenuta dal Glaser, non è accettabile perchè contraria alla giustizia. Infatti quando al ladro si è imputato come furto *consumato* l'apprensione che ha fatto dei primi cento franchi, gli si è dato debito di quell' atto di apprensione e di tutti i precedenti che ve lo hanno condotto. Quando questi identici atti, e la susseguita apprensione, vogliono tornarsi ad imputare come *tentato* furto degli altri cento franchi che gli fu impedito di prendere, è evidente che questo secondo titolo trova il suo *elemento materiale* in quelli stessi atti che già gli avete imputato, e dei quali per conseguenza egli ha subito la responsabilità. La partita in ordine a questi è saldata. È ingiusto che di nuovo gli portiate a debito quell' identico *elemento materiale:* e non potendo porgli a debito cotesto elemento perchè già imputato, la nuova imputazione di attentato che volete apporgli resta senza *essenza di fatto;* non punite che la sola intenzione.

§. 101.

Non può dunque accogliersi nè la prima opinione, perchè *ingiusta;* nè la seconda opinione in senso assoluto, perchè *inadequata.* Bisogna sciogliere il problema con la teorica della *prevalenza.* Se il furto *tentato* di 200 franchi rappresenta nella scala pe-

nale una quantità politica maggiore che il furto *consumato* di 100 franchi, dovrà applicarsi il titolo di tentato furto di 200 franchi; e siamo infatti nei puri termini di tentativo, stante la *unicità* del disegno più pravo non effettuato. Se invece nella scala penale il furto *consumato* di 100 franchi rappresenta una quantità politica *maggiore* del furto *tentato* di 200 franchi, siamo evidentemente nella configurazione dello *eccesso:* la pena del furto *consumato* esaurisce il maggior debito del giudicabile. La dottrina della prevalenza è apodittica nella pratica: essa salva tutto; salva la verità ontologica, e salva la giustizia da ogni pericolo al quale parrebbe esposta per cagione della ossequenza alla verità ontologica.

§. 102.

In tal guisa analiticamente percorrendo le deduzioni logiche e giuridiche che emanano dagli elementi costitutivi del conato, se ne ottengono le note caratteristiche: ed ora possiamo, ricomponendo le nostre idee, definire (1) il conato in questi termini — *Qualunque atto esterno, univocamente conducente di sua natura ad un evento criminoso, ed al medesimo diretto con esplicita volontà, non susseguito dall' evento stesso, nè dalla violazione di un diritto uguale o poziore.* Questa definizione non si adatta al *delitto mancato,* come a suo luogo vedremo.

(1) Carmignani definì il conato — *tuttociò che manca alla consumazione di un delitto.* Ma questa definizione fu giustamente censurata (Jonge *de delictis vol.* **2**, *pag.* **217**) perchè non esprime che una *negazione* senza

niente *affermare*; mentre per *conoscere* un ente qualunque è necessario affermare qualche cosa sullo esser suo.

INSPEZIONE SECONDA

Norme per misurare la imputazione del conato

§. 103.

Il *tentativo* è un delitto *imperfetto*. Spontanea è dunque la prima regola sulla misura della sua imputabilità; che cioè il calcolo di questa deve innanzi tutto prendere le sue proporzioni dalla misura della imputazione che sarebbe assegnata al delitto speciale che si voleva compiere, se fosse giunto alla sua *perfezione*. La cosa è intuitiva. Il conato rappresenta un *grado* in ciascuno dei delitti cui dirigevasi. Nel calcolo della *frazione* non può prescindersi dal considerare la quantità dell' *intero*. Nel determinare pertanto la repressione del conato il legislatore non può, senza rischio di errore, stabilire delle norme assolute; ma solo dei rapporti di *proporzione* con la repressione di ciascun delitto *consumato*. Non può dire (a modo di esempio) con formula assoluta voglio punito il conato con tanto di carcere: ma bisogna che detti una formula *relativa*. E qui ha due modi coi quali può esprimere siffatta relazione. O può dire con formula unica e generale che il tentativo si punisca con pena inferiore di un quarto, di un terzo, o simili, a quella che sarebbe dovuta al delitto perfetto: o può dire che il tentativo si punisca con tanto di casa di forza, se il delitto consumato avrebbe condotto a pena per-

petua; con tanto di carcere se il delitto consumato avrebbe portato alla casa di forza; con tanto di pena afflittiva o pecuniaria se quello avrebbe condotto alla carcere; e via così discorrendo. O l' uno o l' altro di questi modi sia piaciuto al legislatore è evidente che egli sempre obbedisce alla regola del *relativo,* e sempre raggiunge la proporzione adequata.

§. 104.

La inspezione presente non tende dunque a stabilire la norma della imputazione del delitto perfetto; ma solo a cercare la regola secondo la quale deve determinarsi nell' *attentato* il grado maggiore o minore di frazionamento della imputazione che deve attribuirsi al delitto imperfetto, in proporzione di quella assegnata al delitto compiuto.

§. 105.

In tale indagine non può prescindersi dall' esame della *qualità,* e della *quantità* del conato. La prima determina il grado maggiore o minore della *forza morale* del tentativo: la seconda determina il grado della sua *forza fisica.*

§. 106.

Qualità — *Qualità,* ci insegna il Manuzzi, è — *ciò che fa che una cosa è tale.* La *qualità* è attributo di ogni ente, e costituisce il suo modo di esistere. Il *conato* è un delitto *imperfetto.* Ciò che lo fa restare *imperfetto* costituirà dunque il modo di essere, la

specie, di ciascun *tentativo*. Così la *qualità* di un delitto *imperfetto* non può trovarsi in altro se non nella *causa* che trattenne il suo *perfezionamento*. Varia adunque la *qualità* del *conato* secondo che variano *le cause* che impedirono la consumazione del delitto.

§. 107.

Queste cause, pei bisogni dello scopo attuale, possono riferirsi a due classi — *volontarie*, e *casuali*. Ometto la terza classe, che comunemente si enumera nelle cause *legali*, perchè queste non creano il *conato*, ma lo distruggono per *difetto*. Ora non può logicamente dirsi *qualità* di una cosa ciò che la fa *cessare* di essere, poichè la cessazione della *esistenza* è la cessazione di tutte le *qualità*. *Qualità* del conato è ciò che fa cessare il *delito perfetto*, e nascere il *conato*. Le cause *legali* fanno cessare l'*uno* e l'*altro*.

§. 108.

Volontaria dicesi, per modo di antonomasia, la causa impeditiva della esecuzione, che ebbe la sua genesi puramente in un cambiamento *tutto spontaneo* di volontà nell'agente. Perchè la causa che trattenne il delitto si possa dire *volontaria* non solo occorre che nasca da un *pentimento* dell'agente, ma il *pentimento* deve inoltre avere il carattere di cadere sul *fine* e non sui *mezzi*. E per i *mezzi* intendo tutte le condizioni di luogo, di tempo, e di modo, con le quali il malvagio aveva preordinato la esecuzione del misfatto.

§. 109.

Intese in un senso diverso le cause *volontarie* si confondono con le cause *casuali morali* (o *miste*) delle quali diremo tra poco; e che in parte nascono da una *casualità* sopraggiunta, e in parte dalla *volontà* dello agente, che per cagione di tale casualità venne nella determinazione di desistere, quantunque l' accidentalità sopravvenuta non lo impedisse *materialmente* di continuare nel delitto.

§. 110.

Se provasi che il malfattore desistè dall' azione, o perchè fu visto, o perchè giudicò inopportuno il momento, o per qualsivoglia altra cagione tranne quella del rinnegamento assoluto della volontà criminosa (dell' abbandono cioè del *fine* malvagio) il reo non si è *pentito*, non ha desistito dal *fine*, ha solo desistito dai *mezzi*, ha semplicemente aggiornata la esecuzione del misfatto, o ne ha modificato il disegno. La causa che impedì la consumazione non è più, nel linguaggio della scienza, *volontaria*. Essa può tutto al più dirsi *mista*, e rientra naturalmente nelle cause morali che conosceremo più sotto.

§. 111.

Casuale dunque sarà sempre la *causa* tutte le volte che ebbe principio da un' accidentalità estranea allo agente, non solo quando questa esercitò la sua influenza *fisicamente* sul braccio di lui, ma an-

che quando agì *moralmente*, sul di lui animo, determinandolo a desistere in quel momento dal delitto. Così se il ladro, dopo introdotto nell' altrui domicilio dove poteva sicuramente rubare, preso da salutare sinderesi si ritira perchè rinnega la volontà di commettere il furto, costui può dirsi veramente *pentito;* e la causa della *imperfezione* del delitto è *volontaria.* Ma se quel ladro si ritirò perchè udì esser desti i proprietarj, od un latrato di cane lo insospettì, non più può dirsi *pentito;* la causa dicesi *casuale.*

§. 112.

Le cause *casuali* si suddividono in cause *morali* e cause *fisiche.* Distinzione che a me pare doversi intendere in questa guisa.

§. 113.

Sono cause *fisiche* quelle che *materialmente* arrestarono il braccio del malfattore, o renderono inetto lo strumento che adoperava; o interposte tra il subietto attivo ed il subietto passivo, impedirono lo *evento* criminoso.

§. 114.

Sono cause *morali* quelle che agirono sulla di lui volontà, e lo costrinsero contro il suo desiderio ad interrompere il corso delle ree operazioni. Le une e le altre sono figlie di una *accidentalità*, che la legge considera come *indipendente* dal reo. La differenziale fra le *casuali fisiche,* e le cause *casuali*

morali non sta dunque nella loro prima *genesi.* Essa sta nel loro diverso modo di agire. La genesi delle une e delle altre è sempre *esteriore* al colpevole. È esteriore se mentre il sicario vibra colpi alla vittima un terzo gli ferma il braccio e lo costringe a desistere: è esteriore se quel terzo si limita a gridare fermati scellerato, e con ciò induce il sicario (vedutosi scoperto) a desistere e fuggire. Ma nella prima ipotesi la causa esteriore agì *fisicamente* sul colpevole, e della desistenza fu causa unica la impotenza alla quale esso fu ridotto; mentre nella seconda ipotesi la causa esteriore non arrestò fisicamente il suo braccio nè lo condusse alla impotenza di proseguire e di uccidere ad onta di tutte le grida altrui: quella causa esteriore agì moralmente sul col pevole, e non avrebbe bastato ad impedire la uccisione se quello fosse stato più temerario o più feroce: sicchè nella desistenza intervenne come causa prossima un momento della volontà dello agente. Momento *coatto,* e perciò difforme dalla spontanea resipiscenza, ma pur sempre difforme anche dal caso dello *invito* che subisce una forza esteriore impeditiva degli atti suoi a dispetto della malvagia volontà che in lui persevera fino allo estremo. Si ricongiunga qui la nozione differenziale fra gli atti dello *invito (agito* e non *agente)* e gli atti del *coatto* (qui *etiamsi coactus tamen voluit)* e apparirà chiarissima la distinzione fra le cause casuali fisiche e le cause casuali morali; e ciò farà strada a comprendere la ragione di una diversità di grado nella imputazione dei due casi.

§. 115.

Ora la varia *qualità del conato,* ossia la varietà delle *cause* che lo fecero rimaner tale, influisce sulla misura della sua imputazione per un principio razionalissimo. Vuole giustizia che a chiunque chiedasi conto del male che ha fatto, si tenga pur conto del bene che operò. Di qui il principio che tanto meno debbe imputarsi il *conato* quanto più il non perfezionamento del misfatto è referibile alla volontà dello agente.

§. 116.

Siffatto principio si risolve in due regole — 1.° La minorazione toccherà il suo apogèo quando la desistenza sarà referibile *unicamente,* e nella sua *genesi,* alla volontà *tutta spontanea* dello stesso colpevole. — 2.° Da questo punto la minorazione verrà decrescendo di grado in grado, in ragione diretta della influenza del *caso.*

§. 117.

Quando la *causa* sarà *volontaria* nel senso che ho detto, avremo lo effetto massimo della minorazione. Ma la medesima giungerà essa al punto di cancellare ogni imputazione? Tale è la opinione di Desimoni e di Rossi, che a me sembra preferibile alla contraria. Carmignani oscillò su tale quistione; e dopo aver dapprima insegnato che il *conato* rimasto tale pel *pentimento* dello agente, non era più imputabile (§. 238), aggiunse la nota 4

al §. 245, ove calcando le orme del Boehmero e del Kemmerich, adottò la opinione che all'attentante dovesse pur sempre irrogarsi un infimo grado d'imputazione, ancorchè gli atti del suo *tentativo* non avessero prodotto nocumento nessuno ed egli ne avesse desistito per pentimento spontaneo.

§. 118.

Convengo con lo insigne maestro che guardata la questione con rigore ontologico, tostochè un *tentativo* accompagnato da caratteri che lo resero imputabile fu una volta eseguito, il posteriore pentimento non lo distrugge, perchè *factum infectum fieri nequit*. Quel tentativo era un fatto imputabile: eseguito che fu, nacque il debito di risponderne in faccia alla legge penale. E come la restituzione del tolto, per quanto utile e completa, non cancella il furto già consumato, così la esistenza di un tentativo punibile non vien meno pel successivo pentimento spontaneo per quanto utile e sincero.

§. 119.

Ma cotesto rigoroso modo di vedere non devesi in questo caso accettare: sì perchè non corre fra caso e caso parità di ragione; sì perchè i riguardi politici devono assorbire ogni altra considerazione di rigida giustizia. Non corre parità fra caso e caso, perchè quando il delitto fu consumato si ebbe il *danno*, si ebbe la violazione effettiva del diritto attaccato: nè questa violazione, una volta verificatasi, deve restare impunita. Ma quando l' *attentante*

si pentì a mezzo il corso delle sue operazioni, e prima di aver recato alcun *danno* e di aver violato alcun diritto, costui se non potè distruggere il fatto distrusse però ciò che nel fatto importava alla società di impedire; cioè il suo raggiungere la violazione del diritto. Nel *conato* la ragione di punire sta nel *pericolo:* ma la società non può apprender *pericolo* dagli attentanti che a mezzo corso si *pentono.*

§. 120.

Dissi poi che i riguardi politici davano prevalenza alla opinione più mite; avvegnachè tutti sappiano dovere le leggi penali dirigersi a prevenire i delitti futuri con la punizione dei preteriti. E senza riconoscere nella *prevenzione* l' unico *fine* e l' unico *fondamento* della irrogazione della pena (lo che noi non sappiamo ammettere) bisogna però riconoscere che codesta *conseguenza* della minaccia, e della effettiva irrogazione di un male al delinquente, deve dal savio legislatore utilizzarsi sempre. Cosicchè se non è buona ragione per il legislatore di punire *soltanto per prevenire;* è però buona ragione per lui di *non punire* quando il punire sarebbe *cagione di delitti.* Non è niente contradittorio negare alla *utilità* la potenza di *autorizzare a fare,* e nel tempo stesso concederle la potenza d' *impedire di fare* ciò che non potrebbe farsi senza sicuro pericolo. La *tutela del diritto* è l' unico fondamento accettabile della ragione penale, perchè la legge giuridica non sarebbe più legge ma mero consiglio se non avesse una sanzione efficace. Il fine della pena è unicamente quello di far *tranquilli* i consociati, cioè

di *mantenere in loro la coscienza del diritto* mostrando come sia tutelata la legge che protegge la loro libertà. Ma appunto da queste due proposizioni ne seguita — 1.° che quando la sanzione in un dato caso *pone a pericolo* il diritto la sanzione debba tacere, perchè cessa la sua *ragione di essere;* nel modo stesso che la sanzione conviene che taccia nella uccisione commessa dall' aggredito a propria difesa, nella quale essa diverrebbe ajuto alla lesione non alla protezione del diritto. E ne consegue — 2.° che la sanzione penale debba tacere anche per il cessare del suo *fine,* perchè quando il mantenerla sarebbe causa probabile di violazione al diritto, allora la minaccia della pena facendo meno sicuri i buoni viene naturalmente a farli meno tranquilli; e così diminuisce la opinione della propria sicurezza invece di procacciarla.

§. 121.

Massimo difetto dunque e vera aberrazione sarà in una legge penale quando le sue sanzioni possono, con opposito procedimento, dare impulso a delinquere. Ora, mentre da un lato nulla rischia la società a perdonare l' attentante pentito, una pena benchè mite che lo colpisca può riuscire causa impeditiva del pentimento (1).

(1) Non trovo esatta la osservazione del Pizzoli, quando egli afferma che la dottrina della punibilità del tentativo interrotto per pentimento si corrobora sul responso di Ulpiano *in leg.* 65 *ff. de furtis* — *Qui ea mente alienum quid contrectavit ut lucri faceret, tamen mutato consilio,*

id domino postea reddidit, fur est. La inconcludenza di questa allegazione è manifesta a chiunque rifletta che Ulpiano contempla il caso di un delitto consumato mercè la effettiva violazione del diritto. Nei quali termini non può neppur fornire argomento di questione la perseveranza della responsabilità penale, malgrado la indennizzazione dell' offeso. Più esatto è lo argomentare col Koch (*instit. jur. criminalis* §. 89) sul responso di Paolo alla *leg.* 19 *ad leg. Corn. de falsis:* e concludere — *suffragio justae poenitentiae absolvuntur:* Strykio *de jure sensuum diss.* 10, *c.* 6, *n.* 80. — Puttmann *elem. jur. crimin.* §. 32. Debbo ancora osservare che molti scrittori consigliarono la punizione perchè non si fecero chiaro il concetto delle cause *volontarie*, e le confusero con le cause *casuali morali.* Ma la differenziale tra le une e le altre è altrettanto positiva quanto concludente.

§. 122.

Io penso adunque che il *pentimento* tempestivo del conante debba esimerlo da ogni imputazione. Dico *tempestivo;* avvenuto cioè prima che gli atti eseguiti costituiscano in loro stessi un fatto dannoso e violatore di un diritto, nel qual caso la violazione del diritto già consumata costituisce un titolo speciale che rimane imputabile come tale. Se Tizio aggredì il nemico a fine di ucciderlo, gli ammenò un primo colpo con cui lo ferì leggermente, ma alla vista del sangue, alle preci, od alle scuse della vittima il suo cuore si ammollì e desistette ei resterà sempre imputabile del ferimento già cagionato. Ma se pietà lo vinse pria di ferire benchè già avesse afferrata la vittima e brandito il pugnale, ei non dovrà imputarsi di niente. Simile conclusione

non solo è comandata dal pericolo in cui la legge improvvida getterebbe lo aggredito dicendo allo aggressore io ti punirò nonostante, ed in tal guisa spingendolo essa medesima a continuare: ma di più essa è comandata dalla regola fondamentale che il *danno mediato* costituisce il fondamento della politica imputabilità dei fatti lesivi del diritto; e che questo danno mediato si compone dello allarme dei buoni e del malo esempio ai malvagi. Ora il malo esempio nei casi di desistenza volontaria è propriamente nullo, perchè supporrebbe la *contradizione* nella volontà criminosa: supporrebbe cioè che taluno incominciasse a *fare* per *non fare:* supporrebbe che alcuno prendesse coraggio ad *eseguire* un delitto nella speranza di pentirsi e *non eseguirlo*. Ciò è assurdo.

§. 123.

Solo è da ricordare che quando la causa immediata della desistenza apparisce *volontaria,* la presunzione sta a favore dell' imputato. Cosicchè l' accusa che intenda sostenere la mancanza di spontaneità della desistenza deve porgere la prova della causa *fortuita,* e provare altresì che questa costrinse l' agente alla desistenza.

§. 124.

Tornando alla seconda regola, non vi ha dubbio che la influenza della volontà dell' attentante, anche scompagnata da spontaneità o da previsione, debba produrre effetti sensibili sulla imputazione del *conato*. Nel *conato* prendendosi il *pericolo* a base della

ragione di punire, questo è tanto minore quanto fu minore la tenacità del volere, la malizia, o l'audacia del reo nel preparare od eseguire il delitto; sicchè ne avvenne che il delitto non riuscisse *perfetto*, benchè a dispetto del reo, per la sua titubanza, per la sua inesperienza, o per la precipitazione del suo consiglio nel disegnare i mezzi della esecuzione. Tale è lo insegnamento di Niccolini; ch' ei rafforza su quella sentenza di Augusto, riferita da Svetonio ove narra avere quel principe dimesso un figlio attentatore di parricidio, *eo quod timide gessisset*. La causa sarà sempre *casuale*, perchè sebbene il non successo debba riferirsi ad un atto *volontario* del reo, quest' atto o fu causa del non successo contro le *previsioni* di lui, o non fu in lui pienamente *spontaneo*. Ma nondimeno o la precipitazione in un caso, o la desistenza nell' altro caso, furono atto *volontario;* e certo è che se il delinquente fosse stato più *cauto* e *malizioso* nel primo caso, o più *audace* ed ostinato nel secondo, il tristo evento sariasi compiuto. La imputazione dunque resterà; ma dovrà rimanere in un grado minore di quella che avrebbe dovuto colpire l'attentato, se una *pura* accidentalità avesse impedito la consumazione di un delitto così pertinacemente condotto e con tanta callidità preparato, da far prevedere rarissima ed inopinata la fortuna del suo arrestamento. Ecco in qual guisa la *qualità* del *conato* influisce sulla sua imputazione.

§. 125.

Quantità — La *quantità* di un ente è ciò che ne costituisce le proporzioni di *più*, o di *meno*, compara-

tivamente ad un altro ente del medesimo genere. Il criterio di questo rapporto varia secondo la diversa natura degli elementi materiali che si prendono di mira nelle cose tra le quali si istituisce il confronto: ed ora la norma della *quantità* si desume dal numero, ora dal volume, ora dal peso, ma sempre dipendentemente da una idea di proporzione. La *qualità* nel conato abbiamo veduto che si referisce alla sua *forza morale;* perchè si desume dal grado di influenza della *volontà* dell' agente sull' impedimento salutare o sugli effetti benefici del medesimo. La *quantità* nel conato si referisce alla sua *forza fisica* perchè dipende dal numero e dallo influsso degli *atti esterni* che costituirono un *tentativo.*

§. 126.

Un delitto si compone di una serie di momenti fisici, rappresentati ciascuno di loro da un atto col quale il malvagio procede verso il fine che si è prefisso. Quando il corso di tali momenti di azione è arrestato abbiamo un tentativo, la cui *quantità* risulta dalla serie dei momenti che lo agente ha percorso posti in rapporto con quelli che gli rimanevano a percorrere. Quanto minore sarà la serie degli atti che restarono a compirsi per consumare il delitto, tanto maggiore sarà la *quantità* del conato: tanto maggiore sarà stato il *pericolo:* e tanto maggiore dovrà essere per conseguenza la imputazione sotto questo rapporto.

§. 127.

Ecco il senso della distinzione generalmente accolta (1) fra conato *prossimo* e conato *remoto.* Di-

stinzione facilissima a comprendersi *in astratto:* difficilissima a concretarsi. Quanto più la serie degli atti eseguiti si sarà avvicinata all' atto consumativo del delitto, tanto più questo attentato si dirà *prossimo;* quanto più ne sarà distante, tanto più dovrà dirsi *remoto.* La *prossimità* è di natura sua un termine *relativo;* ma relativo alla *meta,* non al *punto di partenza.*

(1) Il Boehmero (*medit. ad C. C. C. art.* 178) immaginò un terzo termine medio, che chiamò *conatus propior.* Ma in generale i vecchi criminalisti hanno idee confusissime sulla nozione del conato. Ora confondono il conato *remoto* con gli atti *preparatorii;* ora il conato *prossimo* col *delitto mancato.* Sui moderni poi spesso influisce la reverenza alle legislazioni positive che li governano. Onde bisogna costantemente essere cauti nella valutazione delle dottrine; e non accettare come principio scientifico ciò che altro non è se non la deduzione di una legge *positiva viziosa.* E il *vizio* della legge *positiva* può doppiamente influire sugli errori della dottrina che ne nasce. O perchè la legge sia *viziosa* nella *nozione* del conato: lo che agisce *direttamente* a rendere erronea la giurisprudenza in faccia alle dottrine scientifiche per non essere erronea in faccia alla legge positiva che essa deve interpetrare ed applicare. O perchè la legge sia *viziosa* nella *penalità,* perchè troppo feroce; lo che influisce sulla giurisprudenza *indirettamente,* conducendo la umanità dei giudici a modificare le vere nozioni del tentativo, per evitare l' applicazione di una pena che si reputa esorbitante. Eppure è frequentissima nel fòro cotesta allucinazione di spendere come dottrina scientifica ciò che da un tribunale o da uno scrittore fu detto, forse con intima repugnanza e contro le proprie convinzioni, soltanto per obbedienza ad un giure costituito che fra noi non è legge. Chi si presentasse ad un giudice criminale e gli di-

cesse: voi dovete irrogare all' accusato tale o tale altra pena perchè a ciò conduce il precetto di un dato articolo del codice Francese ecciterebbe il disprezzo del giudice; il quale gli direbbe che non è quella la legge secondo la quale debbono governarsi i suoi giudicati. Ma quando invece di porre innanzi al giudice il precetto del codice straniero come testo direttivo della sua decisione si cerca di abbagliarne la mente con una schiera di autorità dottrinali o di giudicati stranieri che tutti s' inspirano alla legge speciale e positiva del luogo, si commette precisamente lo identico errore ma si dissimula per artificio oratorio.

§. 128.

Ponetevi sott' occhio tutta la linea che deve percorrere il delinquente. Vi partite dall' *atto interno;* la determinazione a delinquere, che a solo non presenta elementi di politica imputabilità. Procedendo oltre trovate i primi movimenti che al corpo del reo imprime cotesta volontà; i quali mancando di *univoca* direzione al delitto, non sono imputabili: ed avete gli atti *preparatorii.* Trovate poscia gli atti che manifestano una direzione *certa* al misfatto, ma sono tuttora lontani dalla sua consumazione; ed eccovi il conato *remoto.* Procedendo sempre innanzi, trovate altri atti, dai quali breve intervallo resta a consumare il delitto; ed avete il conato *prossimo.* Viene in fine l' atto di consumazione: e qui se lo evento segue, avete il delitto *consumato;* se lo evento non segue, avete o il *delitto mancato,* qualora nella serie degli atti eseguiti vi si trovino *tutti* quelli che erano *necessarii* a produrre lo evento, o avete il massimo grado del tentativo *prossimo* se lo evento non segue per insufficienza di alcuno degli atti che erano necessarj a produrlo.

§. 129.

La razionalità di punire più il tentativo come più si avvicina alla consumazione, è intuitiva. In ragione di tale avvicinamento si rende maggiore il *pericolo* corso dalla società; in ragione di tale avvicinamento si aumenta la *perseveranza* del reo nel malvagio proposito.

§. 130.

Ho notato però che la prossimità del conato voleva essere desunta dal *numero* e dalla *influenza* degli atti che lo composero, perchè il criterio del solo *numero* sarebbe fallace. Un delitto può richiedere al suo compimento la successione di quindici atti: altro delitto può effettuarsi con soli cinque atti. Colui che abbia eseguito dieci atti verso il primo delitto, è a due terzi di via: colui che abbia eseguito quattro atti verso il secondo delitto, è a quattro quinti di via. Se si calcolasse la *quantità* dal *numero* solo degli atti eseguiti, avremmo maggior *numero* nel primo che nel secondo: ma chi oserebbe dire che quello fosse più di questo vicino alla meta? La *prossimità* è un termine *relativo* in rapporto alla *meta*, non al *punto di partenza*. In sostanza per misurare la *quantità* del conato, gli atti devono essere pesati piuttosto che contati: o bisogna desumerla da un calcolo piuttosto negativo, guardando cioè il numero degli atti che rimanevano ad eseguirsi anzichè il numero di quelli eseguiti. Ecco perchè io dissi dipendere la *quantità* non solo dal *numero*, ma anche dalla *influenza* dei momenti percorsi.

§. 131.

Tutti questi principii astrattamente guardati appariscono semplici e chiari. Ma quando dovrà poi procedersi alla loro pratica applicazione, potrà essa la scienza dettare una formula che fornisca guida sicura e costante? Ecco la difficoltà che di sopra accennai. Qual sarà il punto di confine fra *atti preparatorii* e *conato;* fra conato *remoto* e conato *prossimo;* fra *tentativo* e *delitto mancato?* Ecco la indagine che rimane a farsi per compire lo studio di questa teorica.

§. 132.

Non vi è grande difficoltà nella prima ricerca se si seguono i precetti della scuola italiana. La *univocità* è la formula che segna il confine fra gli atti *preparatorii* e il *conato.* Questa formula per quanto nella sua pratica applicazione subisca necessariamente lo influsso di circostanze variabili secondo i casi, e non definibili *a priori* con una espressione generale, porge per altro un criterio bastantemente positivo alle pratiche occorrenze. La linea che suggerì il Rossi per distinguere gli atti *preparatorii* dagli atti *di esecuzione,* conduce a distruggere la distinzione fra conato *prossimo* e conato *remoto;* riportando tutti i conati *remoti* nella classe degli atti *preparatorii.*

§. 133.

Tutto l'equivoco consiste nel confondere ed unificare gli atti di *esecuzione* con gli atti di *consuma-*

zione. Tale unificazione sarà esatta secondo il linguaggio dell' art. 2 del codice Francese, il quale richiedendo un principio di *esecuzione* dopo la *manifestazione con atti esterni*, evidentemente adopera la formula *atti esecutivi* come sinonimo di *atti consumativi*. Ma in faccia alla verità, ed al comune linguaggio scientifico, *preparare*, *eseguire*, e *consumare* sono tre momenti distinti.

§. 134.

Chiunque attento mediti ciò che a lungo discettò il Rossi per sostenere la sua nuova formula, si trova spinto a questa ultima conseguenza, cioè che nel suo modo di vedere egli non trova il *principio della esecuzione* tranne nel *principio della consumazione:* lo che rende assolutamente impossibile di concepire un conato remoto, e conduce a riportare tutti gli atti che veramente sarebbero *esecutivi*, ma che non sono ancora *consumativi*, nella categoria dei meramente *preparatorii*.

§. 135.

Ora può bene opinarsi che il conato remoto non debba politicamente imputarsi, ma distruggerne la nozione è impossibile. Così Rossi correndo cotesta linea si trovò guidato a conseguenze che la scienza non può assolutamente accettare per quanto accettare si debbano in obbedienza ad una legge locale quando derivino da una speciale disposizione di questa. Egli disse che il ladro finchè atterrava l' uscio o appoggiava la scala al balcone per insa-

lire, e il falso monetario finchè compiva la fabbricazione della moneta, non facevano che *preparare* il delitto; perchè ancora non erasi, secondo lui, cominciata da quello la *esecuzione* dell' involamento, nè da questo l' esito della moneta. Egli disse che la *esecuzione* del furto *incomincia* dal momento in cui il ladro *prende* la roba e seco la trae. Conseguenze tutte che urtano ad ogni passo con le più ricevute regole giurisprudenziali. Rossi *(liv. 2, ch. 28)* Roberti *(vol. 3, pag. 127 et 128)* Trebutien *(vol. 1, pag. 96, note 13)* pongono come regola assoluta che non si esce dagli atti *preparatorii* finchè non si comincia la *violazione del diritto* che volevasi offendere. In questo, che nel mio modo di vedere rappresenta il passaggio dal conato *remoto* al conato *prossimo*, essi sostengono essere invece il passaggio dagli atti *preparatorii* agli atti di *esecuzione*. L' ultimo ed il più esatto di questi criminalisti sostiene la sua opinione sul principio della *univocità*. E il principio è vero, incontrastabile. Ma lo errore sta nel pretendere che il principio della *non univocità*, che è saldissimo criterio degli atti *preparatorii* come regola *astratta*, possa trasmutarsi in una formula *concreta* che si configuri in un determinato modo di azione; talchè la regola di astratta che ella è divenga materiale, e nella sua materialità si mantenga assoluta anche quando le combinazioni del caso pratico farebbero cessare la regola astratta. Altro è dire che la effrazione e la scalata POSSA *talora* non ritenersi come atto di *esecuzione* del furto, perchè manchi di *univocità* inquantochè nel caso concreto non concorrano circostanze tali che dimostrino essersi la effrazione

o la scalata commessa a fine di rubare anzichè ad altro fine; altro è dire che *sempre* debba essere tale anche quando presenta la più *lucida univocità*. Fra modo e modo di argomentare e di esprimersi vi è un divario essenziale. Una regola può essere *assolutamente* vera; può giustamente applicarsi in certe condizioni ad un caso *concreto:* ma non per questo può trasformarsi in *regola* l' *applicazione;* perchè se ricorrono dei casi concreti simili a quello cui la regola fu giustamente applicata ma nei quali manchi la *ragione* della regola, questa dovrà bene in siffatti casi tacere. Così Trebutien dice che colui che fu sorpreso nella effrazione e nella scalata poteva avere il fine di rapire una donna; e ne desume che a tali atti manchi per conseguenza *costantemente* il carattere di *tentativo* di *furto*. Ma non avverte che può benissimo dalle circostanze escludersi la possibilità di ogni altro animo fuori che quello di rubare: e che ove ciò avvenga la regola concreta viene demolita dalla regola astratta. Suppongasi che quattro malandrini siano sorpresi con vetture cariche di barili vuoti nell' atto di sfondar l' uscio della mia cantina, potrà egli continuare a dirsi che quei malandrini volevano sedurre una donna in quella cantina disabitata! Potrà invocarsi come regola assoluta che la effrazione manca di *univocità* verso il furto, e che non può costituire tentativo? E nòn è vero che la giurisprudenza francese autorizzi a tenere come *regola scientifica* (come volle porla il Rossi) la proposizione che la *effrazione* non è *tentativo*. Ciò non è per due perentorie ragioni — 1.° perchè le Corti di Francia non intesero mai a decidere la questione secondo la

scienza, ma secondo l' art. 2 del loro codice penale. L'art. 2 di quel codice ha due specialità. La prima, che *parifica* nella pena il conato al delitto perfetto: onde la moralità lodevolissima di quei magistrati dovette condurli a restringere con ogni forza la nozione del conato: e la umanità ne sa loro buon grado. La seconda, che l' art. 2 non riguarda il *tentativo* secondo la *scienza*, ma un tentativo *sui generis* — ivi — *il* TENTATIVO SEGUITO *da un principio di* ESECUZIONE. Ora siccome per la scienza ogni tentativo ha bisogno di un *principio di esecuzione*, è chiaro che nel concetto del codice di Francia il *principio di esecuzione*, che egli richiede come condizione ulteriore OLTRE IL TENTATIVO, non è quella esecuzione che di ordinario basta a costituire tentativo, ma è qualche cosa di più: cioè è l' attuale principio della violazione del diritto. La regola di Rossi può dunque essere esatta come regola di gius *costituito* in Francia; ma inesatto è il farne una regola scientifica. Questa verità è dimostrata dallo stesso giudicato di Montpellier del 19 febbraio 1852 (*Journal du Palais 53, 2, 170*) che si reca come prova di cotesta regola giurisprudenziale. Non disse già la Corte che la effrazione *non fosse tentativo:* ragionò sull' art. 2, e rilevando che il tentativo previsto dall' art. 2 si puniva come il furto consumato osservò — ivi — *il y aurait danger social manifeste à* assimiler *une* PAREILLE TENTATIVE *au crime consommé*. Dunque la stessa Corte di Montpellier concorda che la effrazione è un *tentativo*, ma opina che non sia *il tentativo previsto dall' art. 2* — 2.° L' altra ragione che mostra non essere vero che la giurisprudenza francese abbia

fermato cotesta regola come assoluta si è che tutte le decisioni che si allegano argomentano sempre sull' *apprezziazione del fatto*. Vedansi le decisioni della Corte di Cassazione 27 agosto 1812, 11 giugno 1818, 23 settembre 1825, 4 ottobre 1827. Anzi il giudicato del 1818 critica la Corte di Nancy per avere male apprezzato il fatto col ritenere che la effrazione a lei deferita non era *tentativo:* ma si ferma a questa censura, perchè si pronuncia incompetente a sindacare le apprezziazioni di fatto. Dunque anche la Cassazione di Francia ammette che la *effrazione possa* essere tentativo. Veggasi la eccellente requisitoria di Vatismenil nel *Journal du Palais 1825, pag. 892 note* (1).

(1) Nel 1863 i Tribunali di Francia hanno riconosciuto il tentativo di furto nella semplice *insalizione*, ma dal contesto di quel giudicato si rileva esser mossi da due *specialità* di quel caso. La prima era che l' accusato aveva precedentemente commesso un furto nella medesima casa con introdurvisi mediante la insalizione dalla medesima località: dalla quale, dopo avere espiato la pena del primo furto, era tornato ad insalire quando fu la seconda volta sorpreso. Questa circostanza fu valutata dai giudici come criterio di *univocità* della insalizione. Lo che conferma il mio assunto, che nei casi pratici il criterio dominatore di tali questioni è la *univocità*. La seconda circostanza pure valutata in quel caso fu che trattavasi di doppia insalizione; essendosi varcato un muro di cinta, e quindi altro muro interno: cosicchè a termini del codice di Francia, che esige un tentativo *seguito* da un principio di esecuzione, apparve che il tentativo si costituisse dalla prima insalizione e il principio di esecuzione dalla seconda.

§. 136.

La esecuzione di un reato è un *viaggio* che fa il malvagio verso la violazione della legge. Figurisi che io voglia fare un viaggio a Parigi. Finchè preparo passaporto e bauli non ho ancora *incominciato* il viaggio verso Parigi: ma quando mi sono posto *in via,* ho incominciato per certo il viaggio, ancorchè i terzi che mi vedono non sappiano ancora se andrò a Genova soltanto, o a Torino, o a Parigi; nè può dirsi che la *esecuzione* del mio viaggio cominci solo quando giungo a vedere la torre di *Nôtre-dame.* Potrà esser dubbio pei terzi qual viaggio io intraprenda; ma certo è che *un viaggio* l' ho *intrapreso.*

§. 137.

Così nell' avviamento criminoso potrà rimanere incerto a qual delitto si indirizzassero gli atti esecutivi; ma tostochè è certo che ad *un delitto* si dirigevano, si ha un *conato.* Non è questione dell' *essere,* ma del *conoscersi.* E la incertezza fra più delitti possibilmente conseguibili per tali atti, si risolve con la regola che fa prevalere la supposizione più *mite.* La *univocità* della loro direzione ad un atto criminoso è dunque (obiettisi ciò che vuolsi sotto il punto di vista ontologico) l' unico criterio che la scienza possa somministrare alla pratica per discernere gli atti *preparatorii* dal *tentativo.*

§. 138.

Ma quale sarà il criterio che determini il punto di passaggio dal conato *remoto* al conato *prossimo?*

Ecco a mio parere un nodo intricato. Finchè avremo sott'occhio degli atti molto lontani, o degli atti molto vicini alla consumazione, agevole sarà accordarsi nel ravvisare in quelli un conato *remoto,* in questi un conato *prossimo.* Ma un punto di transizione e di contatto fra il conato *remoto* ed il *prossimo* vi deve essere; deve esservi l'ultimo atto col quale finisce la serie dei *remoti;* deve esservi il primo atto che apre la serie dei *prossimi.* Determinare quale è quello, e quale questo, è indispensabile; sia che il diritto costituito ammetta la imputazione ma con diverso grado del *remoto* come del *prossimo,* sia che seguendo il precetto di molti dottori esoneri il *remoto* da ogni imputazione. La determinazione di questo punto di passaggio dovrà essa lasciarsi in balia del modo di sentire dei magistrati; senza che la scienza detti loro un criterio più positivo di quello nol sia la vaga indicazione di vicinanza o di lontananza? Bisogno pratico del diritto penale certamente sarebbe che la scienza porgesse cotesta espressione a tranquillizzare le coscienze, e ad evitare la oscillanza nella determinazione dei castighi.

§. 139.

Ma la scienza potrà ella riempire cotesta lacuna? Tutti dicono che il conato *prossimo* si deve punire più del *remoto;* ed alcuni ancora mi dicono che il conato *remoto* deve lasciarsi impunito: e quivi si arrestano. Carmignani si occupò seriamente di trovare questa formula tanto importante, e concluse col dichiararla impossibile; lo che basterebbe a scusare chiunque si astenesse dal tentare cotesto guado.

§. 140.

Il criterio per istabilire quando il conato cessi di essere remoto e divenga prossimo, non può dedursi dal *numero* degli atti eseguiti. Ciò è intuitivo. Neppure può desumersi dal *numero* degli atti che rimanevano a farsi; perchè questo *numero* è variabile secondo le circostanze. Dicendo che si determina dalla *influenza* dello ultimo atto eseguito, si sostituisce ad una formula indefinita un'altra formula non meno vaga e mutabile secondo il modo di sentire di chi deve applicarla, ed anco una volta si toglie la giustizia pratica dallo impero della *ragione* per consegnarla alla signoria del sentimento.

§. 141.

Pure se può senza audacia azzardarsi una idea; parrebbe che il conato potesse dirsi passato dal grado di *remoto* al grado di *prossimo* quando il colpevole recatosi sul campo destinato all' azione, agisce sull' uomo o sulla cosa su cui deve *consumarsi* il delitto. Così il ladro finchè provvede li scalpelli o la scala; finchè si avvia verso la casa dove vuol derubare; o sta spiando la occasione di penetrarvi, non ha posto in essere che atti meramente preparatorii. Entra a mio parere nelle via del conato quando appoggia la scala al balcone, o conficca lo scalpello nell'uscio: ma il suo conato è tuttavia *remoto;* perchè i suoi atti cadono sul subietto *passivo* dell' *attentato,* e non ancora sul subietto *passivo* della *consumazione.* Lo direi responsabile

di conato *prossimo* quando penetrato nella casa si appressa alle proprietà da involarsi, ed incomincia ad agire immediatamente sull' oggetto su cui deve cadere l' atto *consumativo;* oggetto che trovasi alla sua presenza: l'azione sul *subietto passivo della consumazione* è incominciata, o per lo meno è *imminente.* Così il cuoco che acquista e macera la sostanza venefica, farà un atto meramente *preparatorio* del veneficio: quando la getta nel pentolo della mia minestra, entra nella via della esecuzione, e così dell' *attentato;* ma è sempre nel tentativo *remoto.* Quando viene a pormi in tavola la minestra è allora soltanto che diviene responsabile di un attentato *prossimo* (1).

(1) Io non vado d' accordo col Roberti quando egli pretende trovare il *delitto mancato* nella *porrezione* della vivanda avvelenata. L' ultimo atto *consumativo* del veneficio non può essere che il *tronguglamento.* Finchè io non ho iugojata la minestra, il cuoco dopo avermela presentata ed avere lungamente esaltato la sua bontà per persuadermi a mangiarne, *può ad un tratto pentirsi,* e gettare la scodella. E come può aversi un *delitto mancato* che ammetta la *utilità del pentimento !!!!* Non intorbida le idee la circostanza che l' atto consumativo si debba compiere dalla vittima: uessuna repugnanza giuridica emerge da ciò. Colui che ha teso al nemico un trabocchetto sulla via perchè vi ruini e muoja, null' altro ha da fare quanto a sè: ma pure finchè il nemico non vi è caduto, è sempre in tempo a pentirsi ed impedire la morte. L' atto di consumazione è solo quello con cui la vittima pone il piede sulla superficie dolosa. In questo atto consumativo non opera la mano del reo, ma il corpo stesso della vittima. Le membra della vittima fanno le funzioni di *strumento* del reo; questi dopo aver com-

piuto il conato con le sue mani, procede oltre verso il suo fine col perseverare nel malvagio proposito, e tollerare che *altri* eseguisca per lui quell' ultimo atto materiale che rappresenta la *consumazione*. Dire *consumato* l' avvelenamento di un uomo col solo avvelenamento di una vivanda non persuade. E si va nell' assurdo di ammettere un omicidio *moncoto* in atti che poterono procedere di mesi e di anni il momento destinato nel disegno del colpevole alla uccisione. Lo equivoco deriva dallo indebito influsso che esercita sopra la mente la circostanza che l'atto costituente il *momento consumativo* del reato non si debba eseguire dallo stesso colpevole con la sua mano, ma dalla mano di terzi innocenti od anche della stessa vittima. Questa circostanza però è un' *accidens* che niente modifica le condizioni ontologiche nè le condizioni giuridiche del malefizio. Ontologicamente quell'atto successivo (da eseguirsi dalla vittima o dal terzo innocente) è indispensabile alla *essenzialità* di quel reato, poichè senza quello la violazione del diritto non può consumarsi. Giuridicamente quell' atto (del terzo innocente o della vittima) sta a tutta responsabilità del colpevole il quale volontariamente si è valso della mano loro per consumare il delitto voluto: il terzo o la vittima stessa sono soggetti attivi *secondari* (cioè irresponsabili) del malefizio; e quando è la stessa vittima essa riunisce in sè le tre condizioni di soggetto attivo secondario, di soggetto passivo e di paziente nel malefizio, senza che vi sia repugnanza; poichè neppure repugna che essa riunisca in sè anche la condizione di soggetto attivo primario, come avviene in tutti i reati che si consumano sopra sè medesimo. Dunque se ontologicamente quell' atto è necessario a completare la *subiettività* essenziale al malefizio, questo non può dirsi *subiettivamente perfetto* finchè quell' atto non è avvenuto. E se quell' atto (quantunque materialmente altrui) cade giuridicamente sotto la responsabilità del colpevole quando è eseguito, bisogna bene che la sua responsabilità rimanga minore quando (sebbene contro sua voglia) non fu eseguito. Questo atto che si calcola nel

momenti costituenti il reato quando esso avvenne, deve scomputarsi dai momenti del reato quando non avvenne. E ciò per obbligo di giustizia, non per benignità.

§. 142.

In una parola finchè gli atti si esercitano sul mero subietto passivo dell' *attentato*, io non vedrei che o atti preparatorj o conato *remoto*, secondo che vi concorre o no la *univocità*. E troverei l'incominciamento del conato *prossimo* là dove le operazioni vengano a dirigersi sul subietto passivo della *consumazione: rem scilicet vel personam in cujus perniciem exeruntur actus:* Carmignani §. 228 *edit. pis. 1833.*

§. 143.

È qui a mio credere il punto più oscuro ed ambiguo di questa teorica. E da tale ambiguità nacquero appunto le divergenze circa la imputazione. Infatti coloro che confusero il conato *remoto* con gli atti *preparatorii*, dovettero ben sostenere la *non imputabilità* del conato *remoto:* ma così distrussero (come ho notato) una distinzione utilissima praticamente all' equa distribuzione dei castighi. Gli altri per contrario tenendo viva effettivamente la distinzione tra conato *remoto* ed atti *preparatorii*, attribuirono anche a quello un grado di imputazione. Così nella scienza nostra le formule e le definizioni della scuola fecondano risultati di altissima gravità nell' aula legislativa, e nel fòro. Ma la distinzione, oltre ad essere ontologicamente vera, è giuridicamente necessaria. E se la formula della *univocità*

è guida sicura per discernere gli atti *preparatorii* dai conati *remoti;* la formula della *presenza* del subietto *passivo* all'atto in cui cessò l'attentato, può essere un utile criterio a discernere i *remoti* dai *prossimi;* secondochè quello era o subietto passivo del *conato* o della *consumazione,* bene inteso però che tale *presenza* intendasi nel senso d'interessenza materiale nella esecuzione del reato; cosicchè sia reale la condizione di subietto passivo.

§. 144.

La ultima inspezione relativa a discernere il *tentativo* dal *delitto mancato,* sembra agli occhi miei facilissima; purchè bene si afferri la importanza di queste due idee correlative tra loro: cioè che il *delitto mancato* si ha soltanto allora quando — 1.° siano stati eseguiti *tutti gli atti necessarii* a procurare lo *evento* criminoso; — 2.° questo sia stornato da una *accidentalità* tutta indipendente dal *modo di agire* del colpevole. La più esatta nozione del *delitto mancato* è quella che ne porge il codice penale Toscano all' art. 46 se bene si intende.

§. 145.

Il criterio del *delitto mancato* non si deve grettamente desumere dalla esecuzione dell' *ultimo* atto *consumativo,* ed a cagione di questo ritenere cessato sempre il tentativo e sòrto indistintamente il delitto mancato; quantunque vi fosse deficienza negli atti precedenti, o perchè non idonei, o perchè insufficienti, o perchè non eseguiti. O siasi tralasciato

uno dei primi atti, o siasi tralasciato l'estremo; o la inidoneità sia nei primi, o giaccia nell'ultimo; tanto basta perchè gli *atti necessarii al delitto* non siano *tutti* eseguiti. Così il Niccolini negò i caratteri di *delitto mancato* alla porrezione di un veleno minerale attissimo ad uccidere, ma che non si era sciolto nel liquido perchè il colpevole non lo avea pestato pria di gettarvelo: e la Corte di Cassazione di Napoli lo seguitò. L'atto di consumazione era qui stato eseguito: ma era mancato uno degli atti *precedenti*; la *triturazione*, che sola poteva rendere quella sostanza solubile, o amalgamabile nel liquido; e così deglutibile. Il delinquente non avea dunque eseguito *tutta* quella serie di atti che erano indispensabili per raggiungere il tristo fine; il veneficio non era *subiettivamente perfetto;* e l'evento non era avvenuto, non già per lo intervento di una *accidentalità*, ma per la deficienza di uno degli atti esecutivi. La *imperfezione* del delitto era conseguenza del *modo di agire* del reo.

§. 146.

È dunque erroneo pensare che ogni qualvolta ebbe luogo l'atto *consumativo* non più si possa parlare di *attentato:* siamo sempre in questi termini quando vi fu deficienza in *uno* degli atti; qualunque si fosse nella serie loro il punto che occupar dovea l'atto che inavvertentemente si omise, o inettamentè si fece.

§. 147.

La diversità è unicamente questa, che quando la deficienza stette solo nell'*ultimo* atto rimarrà d'or-

dinario la nozione del *tentativo* punibile. Quando stette negli atti *precedenti*, la imputabilità del *tentativo* potrà rimanere o non rimanere, secondochè al momento in cui si avverò la deficienza stessa (atto omesso, o atto inidoneo) era o no già percorsa una serie di atti valevoli a costituire un conato politicamente imputabile. Se la *inidoneità* sopravvenne nei primordii: per esempio, il colpevole parti da casa col fucile carico a sola polvere; questa omissione informerà tutta la serie delle sue operazioni successive, e tutte essendo state *scevre da pericolo*, non vi sarà tentativo punibile: ma se la inidoneità sopravvenne quando già si aveva un attentato imputabile, cotesta inidoneità rende non valutabili tutti gli atti successivi i quali si hanno come non avvenuti: poichè tanto è per la legge *non fare* un atto, quanto farlo *inidoneo.* Ma le antecedenze rimangono intatte. Ciò procede in ordine al *conato.* Ma il delitto *mancato* deve sempre cessare, tostochè vi fu deficienza di un *atto qualunque*, ed a *qualunque stadio* della operazione pertinente.

§. 148.

Siffatta regola tiene ad un principio *ontologico* e ad un principio *giuridico,* che a vicenda si aiutano. Il principio *ontologico* è questo: che a dire incompleto un ente basta che manchi *uno* degli elementi necessarii a comporlo, qualunque sia la sede in cui doveva trovarsi. Una corona da rosario è incompleta quando gli manca un grano; e così, tanto se manchi il terzo paternostro, quanto se manca la ultima avemaria. Il *delitto mancato* si costituisce dallo esau-

rimento di *tutti* gli atti esecutivi che si richiedevano a procacciare lo evento, ma delusi dello evento per un fortuito: perciò si disse anche *frustrato.* Dunque il *delitto mancato* non esiste completo quando difetta di uno (qualunque siasi) di tali atti. È un delitto mancato *imperfetto:* e il delitto mancato imperfetto ritorna ad essere un semplice *tentativo.*

§. 149.

Il principio *giuridico* è questo. Ad un giudicabile si obiettano spesso le conseguenze del proprio fatto, benchè da lui non prevedute e volute; ciò per la regola di ragione politica, che chi volle i mezzi è responsabile (nei congrui termini) delle conseguenze. Debito correlativo di giustizia esige dunque, che a lui si tenga conto di quei risultamenti meno gravi, che furono conseguenza del suo *modo di agire,* benchè queste meno gravi conseguenze da lui non si prevedessero, nè si volessero. D'altronde la società punisce le azioni malvagie in ragione dell'*atto esterno:* e la gravità di questo valuta sul criterio del *danno* nel *consumato,* o del *pericolo* che presenta nel *tentato* delitto. Quando l'atto esterno ebbe *in sè stesso* la causa che lo rese frustraneo, è evidente che il *pericolo* fu minore. E per quanto debba aversi riguardo anche alla malvagia intenzione, bisogna del pari convenire che il malvagio inesperto ed incauto mostra minore studio a delinquere, ed eccita minore allarme nei cittadini.

§. 150.

Sotto ogni aspetto dunque bisogna ammettere in teoria ciò che il codice nostro del 1853, a mio pa-

rere, esplicitamente dispone: cioè che *il delitto mancato* non si ha, *quantunque sia stato eseguito l'atto consumativo,* quando l'impedimento dello evento provenne da cagioni congenite al *modo di agire* scelto dal giudicabile.

§. 151.

Questo punto di dottrina non è dubbio quando la *causa impeditiva* provenne dalle condizioni materiali dei mezzi adoperati, cioè del *subietto attivo* o del conato, o della consumazione. Se, a cagione di esempio, fu esplosa un'arma (1) fornita di carica *insufficiente,* e per cagione di tale *insufficienza* non accadde omicidio, sarebbe irrazionale insistere sull'*omicidio mancato.* La distinzione fra la inidoneità relativa e la inidoneità assoluta, che può essere giusta nel semplice *tentativo,* non può ammettersi nel *delitto mancato.* Nel tentativo rimane sempre incerto da quali condizioni sarà accompagnato l'atto di consumazione; quindi il *pericolo* esiste. Così l'arma debolmente caricata poteva essere esplosa a brevissima distanza, ed uccidere. La sua potenza è tutta di previsione congetturale, non dimostrata da un risultato di fatto: poteva essere, sebbene potesse anche non essere. Ma dopo l'atto consumativo abbiamo il resultato *positivo* di fatto. Siamo *certi* quali erano le *condizioni materiali* in cui l'agente *volle* adoperare quell'arma. E siamo *certi* che in coteste condizioni di fatto l'arma era *impotente.* Resterà un tentativo nei congrui casi. Ma il *delitto mancato* non si avrà; perchè l'atto consumativo rese efficace i caratteri di impotenza dell'arma, anzichè rendere efficaci le sue condizioni eventuali di potenza. Al-

lorchè il nemico fermossi a cinquanta passi di distanza ad esplodere quell' arme che soltanto a dieci passi di distanza avria potuto dar morte; cessò ogni pericolo nel momento stesso dello scatto, e per virtù propria di quest' ultimo atto, anche prima che il piombo caduto in terra a grande distanza dalla vittima le manifestasse che da quell' atto non avea nulla a temere. Se il reo più si avvicinava alla vittima la esplosione sarebbe riuscita mortale: dunque nei mezzi non vi era impotenza assoluta. Ma il reo esplose senza avvicinarsi; e nacque la impotenza *relativa*. Ma poichè la botta non riescì letifera per conseguenza del *modo di agire* del reo non è sórto il *delitto mancato*, perchè non fu eseguito *tuttociò che era necessario* ad ottenere l' effetto: sarebbe un vero controsenso sostenere il contrario. L' ultimo atto (esplosione a troppa distanza) fu la causa che fece cessare il pericolo: ed è un controsenso che una imputazione la quale ha per suo cardine e per sua misura il pericolo, si aumenti di un grado per causa di quell' atto che ha fatto cessare il pericolo. Fin qui io diceva non è luogo, nè a distinguere nè a dubitare.

(1) Referendo al subietto *attivo* gli strumenti che l' uomo adopera per eseguire il delitto, ed al subietto *passivo* le cose o persone sulle quali agisce, questa distinzione fra subietto dell' *attentato* e subietto della *consumazione* procede lucidissima, così nel subietto *attivo* come nel subietto *passivo*. Un esempio spiega con tutta esattezza la nostra nomenclatura, che se non coincide col linguaggio filosofico, offre però le formule più opportune per definire le diverse regole da applicarsi alle varie ed infinitamente variabili fattispecie del conato. Tizio ha divisato uccidere il suo nemico nel sonno.

A tal fine si è provvisto — 1.° — di una falsa chiave per introdursi in camera del nemico — 2.° — di uno stile per pugnalarlo. Ecco: il subietto *attivo* secondario dell' *attentato* è la falsa chiave: il subietto *passivo* dell' *attentato* è la porta che con quella deve rendersi aperta. Fin qui si opera sui *mezzi*. Al subietto *attivo* secondario della *consumazione* si referisce invece il pugnale che ucciderà: il subietto *passivo* della *consumazione* è l' uomo, che vuolsi uccidere. Quanto si opera qui, si opera sul *fine*. Se lo evento non è seguito perchè la chiave non era adatta ad aprire, l' ostacolo era nel subietto *attivo* dell' *attentato*: se perchè l' arma non era solida, l' impedimento fu nel subietto *attivo* della *consumazione*. Se la porta aveva una seconda serratura, o l' uomo un giacco di ferro, l' ostacolo fu nel subietto *passivo* dell' *attentato* nel primo caso, nel subietto *passivo* della *consumazione* nel secondo.

§. 152.

Ma quando l' ostacolo allo evento nasce dalle condizioni del *subietto passivo*, potrà dubitarsi se corra o no la medesima regola; perchè tali condizioni non sono opera dell' attentante. Egli le trovò nella cosa o persona su cui, o attentando o consumando, diresse le sue fisiche operazioni.

§. 153.

In tale configurazione è forza distinguere: lo impedimento che provenne dal *subietto passivo* esclude il *delitto mancato* quando fu *precognito* all' agente, sebbene ei s' immaginasse superarlo; non lo esclude quando *non fu conosciuto*, nè previsto da lui.

§. 154.

Quando l'agente non conobbe nè previde che per parte del *subietto passivo* si opponesse cotesto ostacolo che frastornò l' evento voluto, tale impedimento rappresenta il *fortuito* che salvò la vittima, e non si collega col *modo* di *agire* del delinquente.

§. 155.

Ma s' ei *conosceva* la esistenza di tale ostacolo, e lo *volle* affrontare pensando superarlo, mentre per *sua natura ordinaria* l' ostacolo doveva impedire lo evento, come di fatto lo impedì; la causa del *non successo* si collega col *modo di agire* del delinquente, con quelle condizioni che egli ha *voluto* dare alla sua operazione. La morte non è avvenuta perchè egli anzichè darsi cura di rimuovere cotesto ostacolo, od usare mezzi più potenti, immaginò vincerlo con dei mezzi che erano, naturalmente e per legge ordinaria della natura, *impotenti* a superarlo.

§. 156.

Tizio esplose un' arma carica a minuto piombo a tale distanza dal nemico che i projettili non potevano recare morte: ecco la causa del non successo inerente al *subietto attivo* del delitto. Il *delitto mancato* non si ha tanto se il reo *sapeva* che in quell' arma vi era piombo minuto, quanto se *nol sapeva* e credeva che vi fosse una palla. La causa del non successo era sempre inerente ai *mezzi* usati dal

reo; e sempre gli giova ad escludere il titolo di misfatto mancato.

§. 157.

L'arma era invece carica a piombo micidiale; ma il nemico stavasi dietro un riparo, cui quel piombo per legge di sua natura non potea superare. Ecco l'ostacolo inerente al *subietto passivo*. E bisogna, come dissi, distinguere. Se lo agente *non vide* nè conobbe cotesto impedimento (per esempio fu un uscio che il vento mosse nell'atto in cui lo scellerato dava lo scatto all'archibugio, oppure una tabacchiera che la vittima aveva in tasca e che arrestò il projettile, oppure un movimento istantaneo della vittima) il *delitto mancato* si ha; perchè nel *modo di agire* del reo era insita la potenza ad uccidere, ed il riparo sconosciuto rappresenta il *fortuito* che salvò la vittima dalla uccisione.

§. 158

Ma se invece lo agente *vide* cotesto riparo (per esempio era l'uscio chiuso dietro cui stava il nemico; uscio che il reo pensò doversi trapassare dalla palla, mentre per legge ordinaria di sua forza non lo poteva) il *delitto mancato* non si ha: perchè il non successo provenendo da una causa la cui esistenza si conosceva dallo agente, non ha più tale ostacolo il carattere di *fortuito*, e di *imprevisto*. Il reo *volle* tirare contro l'uomo dietro l'uscio. Volle seguire un *modo di azione* le cui condizioni a lui cognite rendevano impossibile la uccisione: dunque la causa del non successo stando in quelle condi-

zioni ch' ei *volontariamente* accettò, non può dirsi *indipendente* da lui; perchè in fin dei conti risiede in un suo errore di calcolo. Costui non ha fatto *tuttociò* che era *necessario* al delitto voluto: per far *tutto* bisognava attendesse che la vittima uscisse di dietro al riparo.

§. 159.

Torniamo alla idea del *pericolo.* Dall' ultimo atto con cui un uomo esplode un' arma carica inettamente (in cui si vorrebbe ravvisare il delitto *mancato,* perchè rappresenta la consumazione subiettiva della strage) la società non può *mai* apprendere *pericolo* di omicidio: dunque, o si conoscesse o no dallo agente la debolezza di cotesta carica e la sua impotenza in quelle condizioni, essa esclude sempre il delitto *mancato.*

§. 160.

Tale è la *essenza di fatto* del delitto mancato: la quale vuole essere sempre distinta dallo *elemento intenzionale.* Quella deve esistere *di per sè;* deve avere le sue proprie condizioni ontologiche, complete in loro stesse secondo le leggi di natura sua, e non nelle visioni o previsioni dello agente. Se un uomo immaginò che una botta a pura polvere desse morte, o che una palla d' archibugio traforasse le pareti di un casamento; ed esplose, o l' arma carica a polvere contro il nemico all' aperto, o l' arma carica a palla contro la parete dietro la quale si riparava il nemico; ecco: il delitto è completo nel suo *elemento*

morale: ecco: il delinquente ha esaurito *tutti* quegli atti che *voleva fare,* giusta i disegni suoi, per uccidere. Ma non ha fatto *tutto* quello che era *necessario* ad ottenere lo evento voluto. Nello *elemento morale* l'omicidio mancato si avrebbe: ma nello *elemento materiale* non vi è. E siccome quello senza di questo non è sufficiente a dare consistenza al titolo di *delitto mancato,* così il fatto di colui, o non sarà niente, o sarà tutto al più nei congrui casi un semplice tentativo.

§. 161.

In quest' ordine di idee io ravviso differenza fra quello che le antiche scuole dicevano, ora conato *pretergresso,* ed ora conato perfetto; e quello che le moderne chiamano *delitto mancato.* Quello si ha nello esaurimento senza interruzione degli atti *disegnati* dal reo: questo richiede lo esaurimento degli atti che la *natura del fatto* a cose ordinarie esigeva.

§. 162.

Parimente dall' atto con cui l' uomo esplode l' arma ben carica, ma contro il nemico che stavasi dietro al riparo non superabile dalla botta, la società non può mai apprendere *pericolo.* Dunque neppure qui può accettarsi il titolo di *omicidio mancato.* In ambedue queste ipotesi il *pericolo* può avere accompagnato gli *atti precedenti* che rappresentavano il *tentativo:* ma l' ultimo atto ne è costantemente sfornito; anzi egli è questo che ha fatto cessare il pericolo dei precedenti.

§. 163.

Al contrario dall' uomo che esplode un' arme ben carica contro il nemico che vede all' aperto, e in condizioni da restarne probabilmente ucciso, la società ha tutta ragione di apprendere il *pericolo* di omicidio; perchè non tutte le volte il soffio pietoso del vento chiuderà l' uscio mentre lo scellerato esplode il fucile; non tutte le volte la vittima farà quel movimento istantaneo che tolse il bersaglio del suo corpo dalla direzione del colpo. Dunque qui si ha la concomitanza del *pericolo* anche nell' ultimo atto: si ha il *fortuito;* del quale, ove si ripeta il fatto nelle medesime condizioni, è audace sperare la ripetizione: dunque qui si ha il titolo di *omicidio mancato.*

§. 164.

Questo punto di dottrina si riassume in una semplicissima formula — per avere il *delitto mancato* non basta che lo agente abbia fatto *tuttociò ch' ei voleva* fare onde consumare il delitto; bisogna che abbia fatto *tuttociò ch'era necessario* per consumarlo.

§. 165.

Ed ecco che dal principio fino al termine della teorica dell' attentato ci serve di guida costante e sicura la idea del *pericolo* considerato come costituente la forza fisica del conato, come criterio a ben risolvere qualunque ricerca. Anche qui si comprenderà nettamente la forza logica della sua applica-

zione. Quando il *modo di agire* scelto dal reo doveva per legge *ordinaria* di sua natura produrre lo effetto bramato, se non era lo impedimento *fortuito* che frustrò quel modo di agire, il *pericolo* ha esistito dal primo atto esecutivo fino all' ultimo atto rappresentante la consumazione del reato. Il delitto è *mancato*. Ma quando da *uno* degli atti esecutivi derivò lo impedimento, perchè per legge *ordinaria* della natura di tale atto ei non aveva la potenza che il colpevole gli supponeva, il *pericolo* da quell' atto frustratorio in poi ha cessato di esistere. Dunque se il *pericolo* (elemento che qui funziona le veci dello evento non accaduto per dar base alla imputazione) non fu concomitante a *tutta* quanta la serie degli atti esecutivi, il *delitto mancato* sparisce: perchè gli resta solo lo elemento della malvagia volontà, costitutivo della sua indole morale, senza la corrispondente qualità di *pericolosi* per tutta la loro serie negli atti esterni, che ne costituiscono la indole politica. Manca la forza fisica *obiettiva* del delitto *perfetto* (costituita dal danno) perchè non vi è *risultamento nocivo*. Difetta la forza fisica *obiettiva* del delitto mancato (rappresentata dal pericolo *corso* (1)) perchè l' atto consumativo non cagionò per sua natura pericolo. Rimane un *tentativo* da imputarsi fino a quel punto in cui gli atti, avendo in loro la potenza di ledere il diritto attaccato, presentano un reale pericolo.

(1) Trovo che la interessante distinzione fra *pericolo appreso* e *pericolo corso*, si è avvertita (sebbene con diversa formula) anche dallo Jonge *de delictis vol. 2, pag.* 266. Ecco le sue parole — *nemo propter periculum*

IN FUTURUM *puniri potest; sed tantum propter* PERICULUM ORTUM EX EJUS FACTO, *quod vel civibus, vel eorum rebus, vel reipublicae imminet; dummodo noxii voluntati tribuendum sit*. La distinzione che è il cardine sul quale si aggira tutta la nostra teorica del conato è radicalmente la stessa, sia che si dica pericolo *oppreso*, o pericolo *futuro;* sia che si dica pericolo *corso*, o pericolo *nato*.

§. 166.

Del resto io non posso lasciare questo argomento senza ritornare nel proposito speciale del delitto mancato sulla questione della parificabilità nella imputazione. Avvegnachè siavi tuttora chi persevera ad insegnare che ammessa pure una differenza d'imputazione fra tentativo e delitto perfetto, debbasi peraltro mantenere fra questo ed il delitto mancato la più perfetta uguaglianza. Bernard Procuratore Imperiale a Château Thierry viene pubblicando nella *Revue critique* una serie di articoli in commento al codice penale Sardo del 1859. Questo lavoro, che non è senza importanza per la scienza, ha un vivo interesse di attualità per noi italiani; poichè la imminenza di un codice penale che unifichi la condizione dei sudditi del nuovo Regno in faccia alla punitrice giustizia, richiama dal campo della speculazione a quello dell' applicazione pratica i principii fondamentali di questa parte della dottrina punitiva.

§. 167.

Moltissime osservazioni che l' illustre Magistrato presenta o a censura o ad elogio del codice Sardo

sono meritevoli di piena approvazione. Non sempre però ci siamo trovati d'accordo col suo pensiero; nè sempre ci è sembrato che le sue argomentazioni possano andare esenti da ragionate obiezioni. Nella importante materia del tentativo, e del delitto mancato aderiamo (a modo di esempio) con pieno convincimento alla critica che il Giureconsulto francese muove contro l'articolo 99 del codice Sardo, per quella sua ultima disposizione ove tiene responsabile il mandante di delitto tentato anche allorquando il mandatario, o impedito, o pentito, non abbia incominciato neppure un atto di esecuzione. La regola che il mandato di per sè stesso non costituisca tentativo (e che possa soltanto punirsi come delitto *sui generis* quando la infrazione a cui si dirige presenti una gravità politica da rendere conveniente codesta repressione) era ormai così universalmente riconosciuta da tutte le scuole di criminale diritto, che la deviazione fatta da questa regola nell'articolo 99 del codice Sardo (e già cancellata anche in questo per alcune provincie d'Italia) eccita piuttosto sorpresa di quello che non risvegli timore di vederla riprodotta nel nuovo codice penale Italiano.

§. 168.

Ma non possiamo altrettanto convenire con Bernard nell'altra censura che egli muove contro l'articolo 97; *regrettando,* come egli dice, che il codice Sardo non abbia mantenuto nella punizione del *delitto mancato* la completa parificazione col delitto consumato. Bernard aderisce in questa parte allo insegnamento di Chauveau ed Helie; aderisce

alle rigide sanzioni del codice che continua a governare la Francia, malgrado il progresso che ha corso la scienza in quella dotta nazione. Egli osserva che la contraria opinione della disparità nella pena per quei due casi è figlia della scuola germanica; e ripetendo con le parole di Chauveau l'argomento col quale la parificazione si sostenne dall'oratore del Governo Francese nella esposizione dei motivi del codice al corpo legislativo, ravvisa arbitraria ed ingiusta ogni diminuzione di pena al delitto mancato, perchè in questa guisa si fa figurare il caso che ha impedito lo evento come una circostanza diminuente, lo che è un assurdo. E procedendo su codesta idea egli crede potere affermare che la regola della diminuzione della pena non trovi altro appoggio tranne il *principio utilitario.*

§. 169.

Noi tenemmo sempre come vera ed ineluttabile per principio di giustizia la regola che si combatte dall'insigne giureconsulto Francese; e fermi in questo convincimento in noi trasfuso dai nostri maestri, crediamo che il ragionamento di Bernard sia inesatto nella parte storica, sia vizioso nell'argomento sul quale procede, ed inesatto sia pure nella ragione che impresta alla nostra opinione.

§. 170.

È inesatto storicamente, perchè non è vero che la dottrina della disparità della pena si debba alla scuola Germanica (1). Carmignani fino dal 1808

pubblicando le mai abbastanza encomiate sue istituzioni di diritto criminale proclamò questa regola con solenni parole — *Conatus quantumvis praetergressus, qualiscumque titulus criminis sit ad quod intendit, perinde ac perfectum crimen imputari minime potest.* E nella nota che appose in calce di codesta pagina largamente confutò Romagnosi; il quale d'altronde nella sua genesi del diritto penale pubblicata nel 1791 aveva insegnato che il delitto frustrato dovesse considerarsi come perfetto in quanto alla imputazione, quantunque ammettesse doversene diminuire la pena. La dottrina della disparità non è un ritrovato della scuola Germanica; ma è bene anche questo un precetto proclamato prima che altrove dalla scuola italiana a partire dal Gandino, e dal Claro. Non è questo il primo caso in cui ci avvenga di trovare in alcuni scrittori francesi indicato come precetto della scuola Germanica ciò che altro non era tranne la riproduzione di un insegnamento di qualche nostro giureconsulto. Questo avviene perchè in Germania si tengono assai più in credito i nostri libri, che non altrove; e questo fatto è di antica data: onde vedemmo e negli Struvi e nei Mulleri citarsi come autorità a sostegno di una dottrina opuscoli e scritti publicati in Italia, e che forse non erano neppure in Italia universalmente conosciuti. Mentre in Francia fino ai tempi recenti, nei quali piacque a molti illustri di quella nazione di rendere giustizia anche ai nostri, e stringere loro la mano in una fraternità scientifica, invalse sempre un sistema contrario, e quasi ebbesi a schifo di ripetere cosa che fosse come appresa dalla *terra dei morti.* È un moderno scrittore Francese,

celebre pei suoi dotti commenti al codice di commercio, che conferma codesta osservazione, dimostrando come il codice di commercio dettato in Francia altro non fosse che il riassunto delle dottrine del Casaregi, e malgrado ciò in tutte le discussioni che si tennero sul codice stesso nessuno degli oratori pronunziasse mai il nome di quell' italiano del quale accettavasi la dottrina. O buona o cattiva che sia, la regola della disparità della pena è regola nata in Italia. Gli Alemanni non fecero che accettarla con alacrità, e con sapiente tenacità sostenerla.

(1) È vero che la Nemesi Carolina, che insieme ai varj statuti penali (l' Hassiaco; il Bambergense; il Brandeburgense ec.) succedette nei primordj del secolo XVI alle tradizioni delle leggi romane che miste alle tradizioni delle leggi barbariche reggevano la materia dei delitti nella Germania, portò fra quei dotti certa velleità di mitezza. E poichè la Carolina aveva all' art. 178 lasciato in *arbitrio* la pena del conato, venne svolgendosi il pensiero che il tentativo (benchè prossimo, e diretto a crimini atroci) dovesse imputarsi meno; e ciò mentre in Francia dominava tuttora il principio severo della parificazione. Ma non può dirsi che la vecchia scuola germanica propugnasse la *non parificazione* come principio assoluto scientifico. Vi erano pur là dei capiscuola, come il Bohmer, che insegnavano in teoria la opposta regola: e solo l' art. 178 induceva la pratica ad una benignità. Questa nel Belgio assunse però diversa proporzione secondo i *varj titoli di delitto*. Contro gli *assassini (bravios quaestuarios)* prezzolati limitossi a cambiare la morte sulla *ruota* nella morte sulla *forca* (Van Leuwen *censura foren. lib.* 5, *cap.* 13, *n.* 3 — Damhouder *praxis criminalis cap.* 74, *n.* 3) lo che rivela piuttosto una diminuzione della *pena* che una minorata *imputazione*. Al contrario negli altri omicidii invalse per

consuetudine una minorazione di imputazione: Voet *in pand.* 48, 8, 4 — Perez *in C. tit. de Sicariis, n.* 5 — Gudelino *de jure novissimo* 5, 17 — Sande 5, 9, *def.* 11. Ciò mostra che la questione facevasi sotto il rapporto della umanità e della convenienza, anzichè sotto il punto di vista della giustizia.

§. 171.

La genesi invece della opposta dottrina risale ad un fonte doppiamente vizioso. Avvegnachè nei passati secoli si generalizzasse appo i criminalisti la idea di punire il tentativo alla pari del consumato delitto o per un mal inteso ossequio alle leggi romane, o per una inesatta nozione del tentativo.

§. 172.

Se infatti si esaminano li scrittori dei secoli passati su questo argomento, trovasi che molti di loro muovono unicamente dall' autorità dei Romani Giureconsulti, supponendo che appo costoro il tentato e il consumato delitto si equiparasse costantemente nella punizione. Or questo è un errore che insegnato da Cujacio si ripetè ciecamente in ossequio di lui dai successivi scrittori, convertendo in una regola generale alcune specialissime ed eccezionali disposizioni. E che sia un errore io mi risparmierò dal dimostrarlo, rimettendomi alla dottissima dissertazione che appositamente pubblicò il Niccolini (come ho annotato di sopra) e dopo la quale nessuno che io mi sappia ha più dubitato di questo vero che poscia da Geib venne più estesamente esornato (1).

(1) Vollesi da molti che dovesse accettarsi come dettato di una regola generale la sentenza della *leg.* 14, *ff. ad leg. corn. de sicar.* — *in maleficiis voluntas spectatur non exitus.* Ma i più eruditi Giuristi ribattono codesto intelletto. Già il Binkershoek *(obs. jur. lib.* 3, *obs.* 10) volle restringere questa legge al caso dei soli *malefici*, o avvelenatori. Poi Gluch *(ad. tit. de justitia et jure* §. 6, *pag.* 67, *nota* 91,) e Rucker nelle note a quella legge intesero la parola *non exitus* in un senso del tutto opposto; cioè non *solus exitus; non tantum exitus.* Vedasi ancora Cannegieter (Joannis) *ad collationem legum Mosaicarum tit.* 1, §. 7, *pag.* 184 — Cannegieter (Hermannus) *ad fragmenta veteris jurisprudentiae (in Col. L. M. et R.) pag.* 44 *et seqq.*

§. 173.

Molti altri invece tra coloro che sostennero la parificazione, scesero in tale concetto per la inesatta nozione che ebbero del tentativo; nozione che si è purificata e rettificata in Italia soltanto nei tempi moderni, e principalmente per gli strenui lavori del Carmignani. Se infatti consultate codesti scrittori trovate che a dimostrare la necessità politica della parificazione, essi ricorrono a delle esemplificazioni di conato che, per l' insegnamento ormai concorde delle odierne scuole, non sono conati. Taluno (a modo di esempio) vi porta innanzi il caso del perduelle, ripetendo la sentenza di Catone — *Quis tam vesanus expectabit eventum cujus frustra implorabitur vindex* — vi mostrano che se l' attentato non si punisse alla pari del consumato delitto, il per duelle avrebbe tutta probabilità di non incontrare mai il rigore della legge. Ma queste ed altre consimili esemplificazioni, e l' argomento che se ne vuo-

le ritrarre, più non hanno forza che valga dopochè la scienza ha escluso la nozione del conato in tutti i delitti che si dicono *formali*. Il perduelle è reo di delitto *perfetto* tostochè scese alle armi contro la patria; lo è il congiurato tostochè ordì la congiura; lo è il calunniatore tostochè presentò la falsa denunzia o emise la falsa testimonianza; lo è il fabbricatore di falsa moneta tostochè compì la moneta spendibile; lo è lo incendiario tostochè appiccò il fuoco allo edifizio; perchè in questi ed altri simili casi il conato sparisce in ragione di *eccesso*, trovandosi negli atti eseguiti una lesione già consumata di un diritto *universale*, o di un diritto (*universale* o *particolare* che sia) poziore od uguale al diritto che dallo agente si aggrediva come *fine* dell' opera sua. È dunque un sofisma grossolano quello di chi dice che se al perduelle, al congiurato, al calunniatore, al falsario, allo incendiario si applica la imputazione di un delitto perfetto, con ciò si accetti la regola d' imputare il conato alla pari del reato perfetto. Ridotta ai minimi termini tale argomentazione suona così: questi reati *perfetti* s' imputano come reati perfetti (sebbene lo stato non siasi rovesciato, o non siasi fatto condannare un innocente, o non siasi recato alla proprietà privata tutto quel danno che si voleva) dunque è regola generale che il reato *imperfetto* s' imputi alla pari del perfetto.

§. 174.

Sicchè se si rimonta alla origine trovasi che o per l' uno o per l' altro lato la dottrina della parificazione giunse un tempo ad acquistare terreno per

cagione di errori, o nelle interpetrazioni delle leggi romane, o nella cognizione dell' ente giuridico di cui si parlava. Ed un' altra cagione non meno vera, e non meno erronea, di codesta dottrina rilevava modernamente Tissot *(vol. 1, chap. 6, in fin.)* nella pericolosissima confusione della morale col diritto (1).

(1) A guardare la cosa nel fondo è questo il punto sostanziale donde scaturisce la divergenza delle scuole nel presente ed in altri argomenti. La scuola *moralista* puramente soggettiva vede il *delitto nella malvagità dello agente* e punisce questa malvagità. La scuola *ontologica* vede nel *delitto* un fatto *lesivo del diritto*, e punisce la lesione del diritto. Ecco il cardine della difformità, stante il quale le due scuole trovandosi agli antipodi possano durare a disputare eternamente sulla presente e sopra altre questioni di diritto penale, ma non arriveranno mai ad intendersi. È impossibile intendersi quando il ragionamento procede da due idee radicali opposte intorno la sostanza della cosa sulla quale cade la disputa. Contemplato il delitto come punibile per la sua malvagità, la scuola moralista non vede nel fatto esteriore altro che un *criterio* rivelatore, una *manifestazione* della volontà colpevole: essa punirebbe anche la volontà colpevole non susseguita da fatto esteriore se le fosse possibile di farsi certa senza questo di tale malvagità: è la dottrina di Burlamaqui con tutte le sue concatenazioni logiche, il quale insegnava non doversi punire gli atti interni (desiderii, propositi) per la sola ragione che non può mai essersi certi, senza un fatto esteriore che li manifesti della loro esistenza e della loro serietà. Quando pertanto questa scuola trova un fatto esteriore che sufficientemente le manifesti la malvagia volontà, questa scuola punisce senza cercare quali sieno stati gli effetti di quel fatto esteriore, e così punisce ugualmente gli autori di fatti diversissimi nelle loro condizioni e nei loro

rapporti con la offesa del diritto, perchè tutti bastando a lei per farla certa della seria volontà di delinquere, essi hanno tutti ugualmente servito alla funzione per la quale è richiesto il loro concorso e più non entrano nel calcolo della imputazione e della pena la quale dirigesi soltanto contro il perverso volere. Un *tentativo* per quanto scevro da ogni risultamento nocevole nel rapporto del diritto aggredito, e quantunque di assai minore nocumento nel rapporto politico del danno mediato, è secondo tale scuola ugualmente grave quanto un *delitto perfetto*, perchè manifesta in modo certo agli occhi della giustizia la seria e perseverante volontà di procacciare quel male. Non importa se il male abbiasi o no a deplorare, perchè questa scuola non guarda il delitto come un *ente giuridico* ma come un *ente morale*, cosicchè la volontà di ledere il diritto esaurisce la figura del delitto perfetto senza bisogno di aspettare che il diritto sia stato effettivamente leso: è bene naturale allora che procedendo sul preconcetto che il tentativo sia un *delitto perfetto* (perchè manifesta la volontà perversa costituente il delitto) se ne tragga quello argomento per noi sofistico che per punire meno il tentativo faccia mestieri trovare un' *attenuante* nel fortuito che impedì lo evento sinistro; postasi in mano un delitto perfetto per la sola intenzione non può questa scuola concepire una minoranza d' imputazione senza ricorrere alle attenuanti. Ugualmente il fatto del complice quantunque paragonato col fatto dell' autore principale presenti un *meno*, sia perchè la lesione del diritto non è derivata direttamente da quello, sia perchè desso addita un uomo meno pericoloso e che è causa di minore allarme nel pubblico, offre alla scuola moralista un *ente morale* in tutto identico al reato dell' *autore principale* (e così meritevole di pena uguale) perchè ugualmente manifesta la *volontà malvagia* diretta alla violazione della legge. Diametralmente opposta a quella è la scuola ontologica alla quale mi pregio di appartenere. Guardando il *delitto* come un *ente giuridico*, e punendo il *fatto esteriore* perchè *fu lesivo della legge giuridica*, e non soltanto per-

chè fu *manifestazione* indubitata di un perverso proposito, essa è condotta per logica necessità a cercare sempre nella lesione del diritto la quantità politica del fatto che vuole punire. Perciò non pensa neppure per sogno di *attenuare* la pena al reo di conato, o al reo di complicità. Essa infligge all' uno ed all' altro la pena adeguata al fatto suo, ed a quella gravità che il fatto stesso presenta nel suo rapporto con la legge giuridica della quale è sanzione e tutela il giure penale. Col punire meno lo ausiliatore e il reo di delitto mancato essa non aspira ad essere benigna, o ad usare riguardi di mitezza: essa intende ad amministrare rigorosa giustizia. Si combatta la nostra scuola nel suo cardine, e se ne propugni l' opposto se così piace; ma non si accusi falsamente la nostra dottrina di attingere i suoi dettati intorno il conato e la complicità dal cuore più che dalla mente, dalla pietà più che dalla giustizia, e dalla elastica teorica delle attenuanti più che dagli esatti e positivi criterii della natura e della quantità del delitto. Il sistema delle attenuanti è una panacea alla quale hanno dovuto ricorrere quei codici formati sulla dottrina moralista, che nella loro pratica applicazione vedevano troppo spesso eluse le loro sanzioni appunto perchè il senso giuridico dei giudicanti è repugnante a dare vita pratica alle regole draconiane che sono inseparabili dal concetto radicale della scuola moralista. Il codice Toscano potè foggiarsi e bastare ai bisogni della giustizia, ed avere e conservare dopo sedici anni una vita pratica bastante al bisogno di oltre due milioni di abitanti senza ricorrere a quella panacea che esautora la legge e pone lo scettro di lei in mano del giudice. Il codice Toscano non ha attenuanti, e pure serve benissimo e meglio di ogni altro alla giustizia distributiva perchè ordinato sui precetti della scuola ontologica punisce *meno* tutte le volte che trova un meno nel fatto; o sotto il rapporto della forza morale o sotto il rapporto della forza fisica del delitto. Le *attenuanti* nel senso Francese non hanno niente di comune con la nostra teorica del *grado* nel delitto. Quando noi degradiamo la imputazione al giovinetto,

allo ubriaco, a chi agì per violenta passione, allo attentante, allo ausiliatore, e simili, non adoperiamo benignità o misericordia; ma obbediamo rigidamente alla giustizia: imputiamo *meno* colui perchè è *meno* colpevole; ed è meno colpevole perchè il fatto esteriore che noi puniamo rappresenta un delitto minorato nelle sue forze costituenti; e perchè due non essendo uguale a quattro sarebbe *ingiusto* agire diversamente. Le attenuanti invece si accettano dalla opposta scuola per un bisogno empirico, ma esprimono sempre una ferita alla giustizia, perchè con accordare le attenuanti si dice che per giustizia la pena di costui avrebbe dovuto esser dieci, ma piace al giudice (per considerazioni non definite dalla legge) di ridurla ad otto. È inutile pertanto ogni disputa fra le due scuole intorno le questioni secondarie del conato, della complicità, o simili. Trattasi di due sistemi radicalmente opposti, ed assolutamente inconciliabili. Combattendo la dottrina della equiparazione nel conato e nella complicità non si combatte una soluzione speciale di uno speciale problema: si combatte tutto un sistema così dall' una come dall' altra parte. Noi crediamo più vera giuridicamente la scuola ontologica: noi la crediamo più corrispondente al senso morale dei popoli: noi la crediamo più confacente ai bisogni della giustizia pratica: noi la crediamo la più adatta a togliere le pene per quanto è possibile dal pericoloso arbitrio dei giudici e dai capricci dei legislatori. Per noi sotto la mano dell' autorità sociale cadono soltanto i fatti esteriori, e delle condizioni interne di chi diede opera a tali fatti l' autorità sociale deve tener conto soltanto pel duplice fine di trovare in quelle condizioni interiori il fondamento della imputabilità dello agente, e di trovare nelle medesime un criterio misuratore della quantità dei delitti allora soltanto che per le medesime si renda più grave la offesa al diritto: al diritto *individuale* in quanto certe condizioni interiori dello agente aumentino il pericolo della vittima; al diritto *sociale* in quanto certe condizioni interiori dello agente aumentino lo spavento ed il timore dei consociati. Tranne ciò l' autorità sociale nel suo esercizio del

magistero punitivo non può tener conto della moralità interna dello agente; e molto meno può attribuirsi il compito di punire le fasi interne dell' animo per un criterio tutto dipendente dallo stato interiore, senza subire lo influsso di quelle varietà che sono comandate dalla varietà dei fatti esteriori nel rapporto delle forze oggettive del malefizio. La scuola moralista accarezza lo estetico di una idea astratta. Ma quando poi alla sua idealità vuol dare un' attuazione pratica nel fòro si trova in faccia necessariamente le difficoltà che sorgono dalla pubblica opinione regolata sempre dal criterio della esteriorità; ed allora piuttosto che mutare sistema e farsi anch' essa a giudicare i delitti come fatti esteriori getta via lo scettro legislativo e dice ai giudici, misurate voi stessi come meglio vi piace. Così la penalità dalla scuola moralista si getta in balìa del caso e dell' urna; mentre la scuola ontologica la vuole costantemente subordinata a criterii di rigorosa giustizia. Abbandonate le utopie draconiane, e misurate i delitti e la loro imputazione con la norma dell' offesa al diritto; e lasciate a Dio il giudizio della malvagità interna dell' uomo. La signoria delle anime è tutta sua.

§. 175.

È poi un equivoco lo annunziare (come fa lo insigne magistrato francese) che la regola della disparità nella pena non abbia altro appoggio che il principio utilitario. L' equivoco consiste nel confondere la ragione che consiglia la disparità nel *tentativo,* con la ragione che consiglia la disparità nel *delitto mancato.* Una delle ragioni che la consigliano nel tentativo è pur anche (oltre la minore gravità del fatto giuridico) il principio utilitario; il quale comanda si lasci ai male avviati più facile adito al pentimento. Ma cotesta ragione sarebbe *contingente* se si volesse applicare al delitto mancato; avvegna-

chè il medesimo per sua natura supponga lo esaurimento di tali atti che più non lascino allo agente utilità possibile di pentimento, nè sempre si possa configurare la possibilità del rinnuovamento degli atti esauriti. Non è dunque, e non può essere vero, che i sostenitori della disparità partano unicamente da un principio utilitario, che sarebbe in cotesto tema parecchie volte impossibile. E lo equivoco si sarebbe presentato chiarissimo allo insigne magistrato, se egli avesse consultato la opera lodatissima del suo dotto connazionale Ortolan; il quale (ai *nn. 994, et 995* del suo corso di diritto penale) con la consueta esattezza e perspicacia che lo distingue, rileva appunto che per la disparità nel tentativo ricorrono due ragioni (vale a dire quella che è minore la forza fisica soggettiva del delitto, ed è nulla la sua forza fisica oggettiva) laddove nel tema del delitto mancato non ricorre altro che la seconda: imperocchè per quanto attiene alla forza fisica soggettiva, essa è veramente uguale a quella del delitto consumato; cosicchè la differenziale riducesi alla sola mancanza di resultato. Ma questa ragione anche rimasta sola porta una differenza nella gravità politica del delitto, la quale dal dotto professore si sostiene più che sufficiente a diminuire la imputazione.

§. 176.

È finalmente vizioso l'argomento desunto dal preteso assurdo nel quale (obiettasi) s'incorrerebbe, ammettendo a favore del colpevole una diminuente in ragione del caso fortuito che impedì la consumazione. È vizioso l'argomento perchè pecca di peti-

zione di principio. Quando si parla di *diminuenti* si suppone infatti un delitto nelle sue condizioni normali e complete. E così ponendo la questione nei termini della ricerca se all'autore del *delitto mancato* debba accordarsi una *diminuente*, si suppone già risoluta in senso contrario la prima questione; la vera, l'unica che possa e debba porsi — quella cioè se il *delitto mancato* presenti una *quantità* politica eguale a quella del delitto consumato.

§. 177.

Dimandando se possa ammettersi una *diminuente* nel caso fortuito, sarà facile persuadere a molti che non deve ammettersi. Dico a molti, e non a tutti. Perchè molti altri risponderanno pur sempre che come il caso di un risultato più grave, quantunque non preveduto, si calcola ad aggravio del delinquente, così la legge dei correspettivi esige che a suo sgravio si calcoli il caso di un minore resultamento benchè da lui non previsto.

§. 178.

Ma la questione non vuole essere posta in siffatti termini, che hanno in loro la petizione di principio. Deve innanzi tutto cercarsi se guardato politicamente, e non soltanto per il lato morale, il *delitto mancato* presenti una *quantità eguale* al *delitto perfetto*. E cotesta questione non può essere esattamente risoluta, se preventivamente non si determina qual sia il retto criterio secondo il quale deve misurarsi la quantità politica del delitto.

§. 179.

È intuitivo l'artificio sofistico degli oppositori, i quali pongono la questione della diminuente come se si trattasse di termini già dimostrati *uguali;* mentre noi sosteniamo appunto che vi è *disuguaglianza* nelle forze costituenti il misfatto, e così differenza nel misfatto. È vero questo, o non è? Ecco il problema. Se lo è, noi regaliamo al Regio Procuratore di Château Thierry le controverse *attenuanti;* e diciamo che ciò che è minore si deve *imputare* come minore, senza bisogno di attenuare ciò che è più tenue.

§. 180.

Se la quantità politica dei malefizi, seguendo ciecamente il principio ascetico, vuolsi cercare nella sola malizia del colpevole, il delitto mancato non apparterrà più agl' *imperfetti,* e sarà logicó allora proporre la questione nei termini se convenga o no di accordargli una *diminuente.* Ma se ossequenti al principio politico, ormai riconosciuto da tutte le buone scuole moderne, nella misura della *quantità* del delitto si calcola (oltre il dolo che aumenta il danno mediato) precipuamente la importanza del diritto leso dal malefizio; non è possibile affermare sul serio che un fatto a cui mancò il risultato della effettiva violazione del diritto, sia di quantità politica uguale ad altro fatto che simile lesione miseramente produsse. E se disuguale è il valore politico, non vi è bisogno di *diminuenti* per punire meno. Si punisce meno per la semplicissima ragione che il delitto è

minore, perchè è inferiore nella forza oggettiva che è uno dei suoi elementi costitutivi. Sono invece allora gli oppositori che hanno bisogno di trovare un' *aggravante* nel caso fortuito. Avvegnachè sia incontrastabile che per *imputare* un delitto *minore* alla *pari* del delitto *maggiore*, sia necessità dimostrare che in quel delitto minore ricorre qualche circostanza aggravante, che ne eleva il peso sulla bilancia politica fino ad uguagliare quello del delitto maggiore.

§. 181.

Stringendo questa disputa nella più semplice formula, è a dimandarsi se nel delitto mancato si debba ravvisare un delitto *diverso* dal reato consumato, o soltanto una *frazione* del medesimo. Noi dividiamo il pensiero prevalente nelle moderne scuole (Jonge *de delictis vol. 2, pag. 144, nota 1*) recentemente propugnato anche dal dottissimo professore Tolomei; il quale esaminando codesto quesito (*elementi e studi sul diritto penale, Padova 1863, pag. 186*) conclude che la differenza fra il delitto attentato e consumato non è differenza di *sostanza*, ma differenza di grado. Checchè possa peraltro tecnicamente opinarsi su questo punto di vista, ciò niente modifica la soluzione del problema circa la maggiore o minore imputazione proporzionale del delitto mancato. Perchè se si vuole considerare come un delitto *diverso* nella *sostanza*, questa diversità *sostanziale* non può appunto consistere in altro tranne che nell' esservi in quello un uomo morto, e in questo no: lo che basta per dire che il delitto è minore. Se poi, come noi crediamo

più vero, nel delitto mancato vuolsi sempre riconoscere un grado, ossia una *frazione* del delitto che volevasi compire, non occorrono lunghe argomentazioni per dimostrare che la *frazione* non può essere uguale al *tutto*.

II.

COMPLICITÀ

§. 182.

Ad avere un delitto basta la *volontà* ed il *braccio* di *un solo* uomo. Tostochè quella ha determinato, e' questo ha eseguito il fatto violatore della legge, nulla manca alla esistenza completa del delitto.

§. 183.

Ma nello svolgersi degli avvenimenti criminosi non sempre resta *unica* ed isolata cotesta figura. Troppo spesso attorno a lei si raggruppano altre persone, le quali nel fatto delittuoso hanno pur esse più o meno contribuito. Quindi la teorica della *complicità*, che scaturisce inevitabile dalla natura stessa dei fatti; cioè dalla loro suscettività di ricevere *impulso*, o da più di una mente, o da più di una mano: e così dalla possibile emergenza che i momenti costitutivi della criminosità di un fatto si *dividano* fra più agenti.

§. 184.

Questa parola *complicità, complici,* la adopero secondo la sua derivazione etimologica; e così in un significato *generale,* comprensivo di tutti i *delinquenti accessorii. Complex* fu voce introdotta dalla media latinità ad esprimere colui che si trovava *implicato* in un delitto *consumato da altri.* Questa voce fu ignota ai Romani.

§. 185.

I pratici poscia la usarono talvolta in un senso più speciale a denotare un concorso *fisico* negli atti precedenti la consumazione. Ma ciò genera confusione; e noi dobbiamo esser chiari nelle nomenclature. Io mi varrò pertanto delle parole *complice* e *complicità* nel loro senso generale, comprensivo di tutti i delinquenti *accessorii:* cioè a designare tutti coloro che *accedono* ad un delitto *consumato* da altri partecipandovi in qualsiasi modo purchè bastevole a renderli più o meno corresponsabili del fatto delittuoso.

§. 186.

Ove più persone concorrano ad un delitto, quale ne sarà l' *autore principale,* quali saranno i delinquenti *accessorii?* Importa sempre in qualunque materia stabilire nettamente la terminologia che deve servire di veicolo alla comunicazione delle idee. L' autore *principale* è quel solo che eseguisce l' atto *fisico* in cui consiste la *consumazione del delitto.*

Se in *più* lo eseguiscono sono *più* gli *autori principali*. Tutti gli altri sono delinquenti *accessorii*.

§. 187.

Non può esservi nella scienza altro criterio per definire l' *autore principale* di un delitto, se non si restringe la nozione all' autore *fisico* dell' *atto* che *consuma* la violazione della legge. Al gius costituito può bastare una locuzione complessa, che racchiuda tutti i casi che si vollero unificare dalla legge sotto il rapporto della punizione. Ma la scienza ha bisogno di termini esatti, di termini che rispondano ad ogni diversa posizione ontologica; onde poter denotare con distinti vocaboli la diversità del modo di essere di queste posizioni, al fine di applicarvi a dovere le conseguenze giuridiche. I romani giureconsulti, grandi maestri di esattezza nel linguaggio, equipararono spesso cose diverse essenzialmente fra loro. Ma in tali equiparazioni serbarono sempre nel linguaggio le note caratteristiche degli enti per natura distinti, o col variare i vocaboli, o con lo aggiungervi delle particole che ne distinguessero l' uso improprio dal proprio. I romani non avrebbero chiamato *autore* del delitto lo *istigatore*, che nulla aveva *operato* nella sua consumazione.

§. 188.

Un legislatore può trovare giusto che alcuno dei *complici* si equipari all' *autore principale* nella imputazione e nella pena; e risoluta così tale inspezione, esprimerà la sua volontà equiparativa col

dare a tutti costoro il nome di *autori* del delitto: ed ai bisogni del gius costituito risponderà sufficientemente cotesta nomenclatura. Ma la scienza non può supporre *a priori* risolute questioni nessune. Essa deve innanzi tutto definire gli enti sui quali vanno a cadere i suoi studj. E quando in questi oggetti delle sue ricerche trova condizioni naturalmente difformi, bisogna che a ciascuno assegni un nome distinto. Che se poscia i suoi studj condurranno a dovere equiparare per certi effetti questi enti già segregati, rimarrà la segregazione dei vocaboli perchè consentanea alla primitiva natura di quegli oggetti, nè un nome diverso sarà di ostacolo alla parificazione.

§. 189.

Così un legislatore potè dire che era colpevole di *parricidio* anche l'uccisore del padre *adottivo*. Ma la scienza non potrà mai esprimere cotesta paternità civile col nome stesso della paternità naturale, perchè sono due cose intrinsecamente diverse. Per essere *autore principale* di un reato bisogna avere direttamente e *materialmente* partecipato alle circostanze costitutive il momento della infrazione, secondo la sua definizione legale. La *responsabilità* o il di lei grado non è ciò che distingue l'*autore* dal *complice:* sono le condizioni *fisiche* dell'azione. Si può essere *autori* di un fatto e non esserne *responsabili,* od esserlo *meno* del complice.

§. 190.

Autore principale dunque noi diremo quel solo che scientemente e liberamente eseguisce l'atto con-

sumativo del delitto; o in questo *materialmente* partecipa. Che se tale atto si eseguisca da più di uno, saranno più gli *autori principali,* perchè in più ne concorre la nota caratteristica. Tutti gli altri sono *delinquenti accessorii.*

§. 191.

Si volle dare la denominazione di *autore* anco a colui che aveva immaginato il delitto, senza prender parte alla sua *esecuzione:* e si chiamò autore *psicologico* per distinguerlo dall' autore *fisico.* Ma l' autore *psicologico* è autore di una *idea,* non di un *fatto.* Laonde in faccia al diritto penale, che non ravvisa la violazione della legge se non nell' *atto esterno,* male può dirsi essere autore del *delitto* l' autore del *pensiero* delittuoso. *Causa* del delitto ei ben lo sarà; ma non può con proprietà di vocabolo chiamarsene *autore,* tranne un solo specialissimo caso, ed è quello in cui l' autore fisico non abbia agito con volontà libera ed intelligente. In questo caso l' *autore fisico* del fatto, dovendosi considerare come mero *stromento* di chi gli diede l' impulso, si equipara alla materia bruta. E quegli che del di lui corpo si valse è l' autore del delitto, come se si fosse valso di un legno, di un sasso, di una *materia* qualunque. In tali casi non vi è *azione* criminosa per parte dell' apparente autore, perchè se fu *invito* non vi concorre per sua parte nè l' *uomo interno,* nè l' uomo *esterno.* È *agito* non *agente.* E se fu ignorante o completamente coatto o per altra qualsiasi guisa irresponsabile non vi concorre l' uomo interno: esso sarà autore del *fatto* ma non

è autore del delitto poichè rispetto a lui quel fatto non è delitto. Lo *agente* del delitto è allora soltanto colui che si valse del braccio suo come di uno strumento. Ma chi partecipi ad un fatto che altri *volontariamente eseguisca,* non può essere che *accessorio* a cotesta figura principale: perchè l' *azione* criminosa è di questo e non di quello. Con grande esattezza pertanto i criminalisti avevano sempre distinto nel delitto i *motores* dagli *authores.* Solo fra i moderni prevalse la vaghezza di unificare i *motori,* e gli *autori;* e comprendere anche quelli sotto questa denominazione (1). Ma la scienza non vi guadagnò di esattezza.

(1) Wolthers *(de auctoribus, sociis, et fautoribus in princ. et cap.* 2, *sect.* 1) distinse fra *autore indiretto,* e *autore diretto.* Locuzione che conserva la vecchia distinzione scientifica; poichè l' *autore indiretto* presuppone un *autore diretto,* dal quale viene ad essere naturalmente distinto. Schroter, e Mittermaier distinsero fra *attore (actor, thater, facitore;* secondo altri *autore fisico) e motore (motor, urheber;* secondo altri *autore intellettuale).* Ma poichè il delitto si compone della *idea* e del *fatto;* l' *autore* della *idea* non è autore che di una parte del delitto: chi fece sua la idea ed eseguì il fatto presenta in sè entrambo le forze costituenti il maleficio. Gli italiani non esitarono mai (fino al Mori) nel limitare il nome di *autore* al solo *esecutore* del reato. E sebbene opinassero che nei congrui casi la *causa morale* dovesse equipararsi nella pena all' esecutore, mai non trovasi che applicassero il nome di *autore* alla *causa* puramente *morale* del misfatto. Vedasi Renazzi *elem. jur. crim. lib.* 1, *c.* 9 — Cremani *de jure criminali lib.* 1, *p.* 1, *c.* 2, §. 17-22. A persuaderci che se si abbandona lo stretto significato ontologico della parola *autore* applicandola oltre la figura di colui che volontariamente consuma il de-

litto, non vi è più confine ad una nozione divenuta arbitraria, basti osservare che il **Wolthers** estese la denominazione di ***autores*** anche a coloro ***qui consulto impedimenta tollunt:*** e lo **Stubel** chiamò ***autores*** anche coloro ***qui rimedia procurant, quorum ope ad illud perveniatur.*** Sicchè poco a poco tutti i partecipi diventano autori del delitto. Ma non è in questo ***lato senso*** che vuol essere usata la parola ***autore,*** quando si contrappone alla parola ***complice.*** Il **Meister**, il **Kleinshrood**, e il **Tittmann** si attennero per definire l'***autore*** a cercarlo in colui che era la prima ***causa*** del delitto. L'**Henke** dopo avere accettato cotesta formula, propugnò invece che dovevano dirsi ***autori*** tutti coloro che avevano partecipato al delitto per un ***utile proprio; socii*** invece quelli che al delitto concorrono senza sperarne alcun proprio vantaggio. Queste fluttuanze mostrano la necessità di stringerci ai dati positivi di fatto, e riconoscere l'autore in colui che ha eseguito gli atti nei quali consiste la lesione del diritto. In fin dei conti bisogna però convenire che poichè si concorda che la ***causa morale*** del delitto possa talvolta imputarsi alla pari della sua ***causa fisica,*** e talvolta anche più; tutta questa moderna acerrima disputa sulla parola ***autore*** non cade che sopra una parola. Onde io conservo l'antico linguaggio, perchè giova a chiarezza.

§. 192.

Ora è ben vario il modo di tale *accessione.* Voi ricordate che il delitto si compone di due *forze* indispensabili a costituirlo. *Forza morale* risultante dalla intenzione — *volontà intelligente (nisus voluntatis ad delictum): forza fisica* risultante dall' atto esterno — *azione (motus corporis ad delictum).* È chiaro perciò che l'*accessione* si riscontrerà eventualmente, o nello elemento della sola forza *morale,* o della sola forza *fisica,* o di *ambedue.*

Laonde è necessario distinguere tre casi di tale accessione. 1.° caso — concorso di *azione* senza concorso di *volontà*. In questo si diviene *causa fisica* del delitto senza esserne *causa morale*. — 2.° caso — concorso di *volontà* senza concorso di *azione*. In questo se ne diviene *causa morale* senza esserne *causa fisica*. — 3.° caso — concorso di *volontà* e di *azione*. In questo se ne diviene *causa fisica* e *morale* ad un tempo.

§. 193.

Dicendo *causa* del delitto, non si intende esprimere quella che i Romagnosisti appellano *spinta* criminosa. La *spinta* è la *causa* della *causa:* essa ha col delitto una relazione puramente *mediata*. Quando dico *causa*, intendo esprimere ciò che ha dato vita all' *ente giuridico* che dicesi *delitto*. Ogni delitto ha una *causa morale* (e sta nella *mente* che ideò e volle il delitto) ed una *causa fisica* (e sta nel *braccio* che lo eseguì). Ciò che mosse l' una a *volere*, l' altro ad *eseguire* il reato, costituisce la *spinta*, il *motivo*. Quando la *causa fisica* e la *causa morale* del delitto si riscontrino in persone *diverse* la spinta criminosa (ossia il motivo determinante ad agire) può essere ora identica ed ora diversa nelle due *cause* del fatto criminoso; ma ne è sempre una cosa distinta. La *causa* è la *forza* che moralmente e fisicamente dà l' essere al delitto; la *spinta* è ciò che imprime il moto a quelle *forze*. La *causa* agisce sul *delitto;* la *spinta* sulla *causa*.

§. 194.

È evidente che il caso della *violenza fisica* non trova sede nella teorica della complicità, perchè l'*invito* (come altra volta osservammo), *agito* piuttosto che *agente*, non offre nè concorso di *volontà* nè concorso di *azione*. Egli è strumento passivo e meccanico nella mano del malvagio che lo move. Questi (come ho testè notato) è l'*autore unico* del delitto. Lo stesso avviene quando l'autore materiale del fatto sia irresponsabile per età infantile, ignoranza, demenza, od altra ragione che escludendo la sua responsabilità in faccia alla legge penale lo pone fuori della sfera dei *partecipanti* al delitto.

§. 195.

Voi vedete che io vi conduco lungi dalla vieta partizione di questa materia in accessorii *ante delictum:* accessorii *delicti tempore,* accessorii *post delictum* distinzione che trovate in tanti maestri di criminale diritto assunta come base della teorica. E appositamente lo faccio perchè cotesta partizione, presa come partizione generale della dottrina, manca di verità; e troppo, a mio credere, ha intorbidato la materia che svolgo.

PRIMO CASO

Concorso di azione *senza concorso di* volontà.

§. 196.

Mi affretto a dire che in questo caso non possono mai sorgere i termini della *complicità*. Non può aversi innanzi alla legge punitiva responsabilità di un fatto, se non concorre responsabilità *morale*. E responsabilità *morale* non può essere dove non trovisi la *intenzione* diretta al fine delittuoso. La complicità non può risnltare da una contingente convergenza di fatti, senza una positiva convergenza di voleri.

§. 197.

Simili principii sono tanto ovvii da fare apparire una superfluità la posizione di questo *primo caso*. Ma se ci avviciniamo ai suoi pratici svolgimenti noi troviamo la importanza grande di fermarvi le nostre speciali considerazioni.

§. 198.

Questo primo caso ci sviluppa *quattro* FIGURE diverse. — 1.° *Intenzione innocentemente distinta*. — 2.° *Intenzione criminosamente distinta*. — 3.° *Intenzione negativamente indiretta*. — 4.° *Intenzione imperfetta*.

§. 199.

Prima figura — *Intenzione innocentemente distinta.* È il caso in cui l' ausiliatore materiale del delitto non lo previde nè lo volle: ma volle *altra cosa affatto innocente.* È l' amico che presta l' archibugio all' amico, credendo gli abbisogni per caccia. È il fabbro che illuso dalle oneste apparenze di un avventore, gli fa una chiave conforme al modello, credendo che questi abbia smarrita la chiave propria. Se con quello archibugio fu commesso omicidio, con quella chiave un furto, coloro che sì efficacemente coadiuvarono a tali reati, pur non ne sono complici; perchè fu in loro concorso di *azione* senza concorso di *volontà.* Simile è il caso della fantesca che introduca nella casa padronale per causa di amore un giovine, il quale approfittisi della occasione per rubare, od uccidere il proprietario. Potrà in qualche specialissimo caso sorgere nell' operato di costoro la nozione di una *colpa*, o di una *trasgressione*, ma sempre come figura isolata e di per sè stante. Mai come *complicità;* perchè manca la convergenza dei voleri, e così il nesso giuridico necessario a costituirla (1).

(1) Allo Stubel nel suo *sistema di diritto penale* §. 384 venne fantasia di dire che coloro che *inconsultamente* accedono all' altrui fatto criminoso si addice la denominazione di *complici accidentaliter.* Fu bene ripreso dallo Schroter e dal Wolthers. Così si fanno dei *calembours* nella scienza.

§. 200.

Seconda figura — *Intenzione criminosamente distinta.* È il caso di colui che aiuta il compagno a consumare un delitto, mentre credeva che fosse per consumare altro delitto diverso. Pietro ha retto la scala mercè la quale Luigi si è introdotto nell' altrui dimora. Pietro intendeva che Luigi colà rubasse, e seco poscia dividesse il bottino: ma Luigi lo ha gabbato; egli non ha mai pensato a rubare; egli aveva una vendetta da compiere. Penetrato là entro ha ucciso il suo nemico nel sonno. Ecco Pietro deluso del furto, e mescolato contro sua previsione in un omicidio premeditato. S'ei vi consulta che gli direte! Gli direte che ingenuamente confessi, perchè negando rischia di essere ingiustamente tenuto per complice dell' omicidio. Confessando, e giustificando come meglio può la sua vera posizione giuridica, di complicità avverso a lui non potrà farsi parola. Si risalga ai principii. Egli aveva *intenzione* di rubare: egli ha fatto atti di *esecuzione* del furto, al furto idonei, al furto da lui diretti. Egli potrà dirsi *attentatore di furto,* perchè il furto non è avvenuto per cause indipendenti dalla sua volontà. Sorgerà allora il tema (del quale parlerò in seguito) di un *tentativo di complicità,* perchè Pietro tentò di rendersi complice di un furto il quale mai non ebbe peraltro il suo principio di esecuzione perchè Luigi non ebbe mai intenzione di eseguirlo. Ma s' ei viene tradotto pel titolo di complicità nell' *omicidio,* non potrà condannarsi; perchè complicità per sola materiale cooperazione senza concorso di volontà

specifica, è un assurdo legale. Invano gli si obietta che *un delitto* ei lo volle: la volontà diretta *ad un delitto* non può trasformarsi nella intenzione diretta ad *altro delitto* non voluto, senza rinnegare la nozione elementare del *dolo*.

§. 201.

Ciò per altro corre senza contrasto, quando si tratti di delitto di *genere diverso*. Ove trattisi di solo *eccesso* nel *genere voluto*, può aversi la responsabilità per la sola volontà caduta sui *mezzi*. Infatti è a notarsi che questa *differenziale* in faccia alla legge fra i *partecipi* di un delitto ed i suoi *autori* può presentarsi sotto diversi aspetti.

§. 202.

In primo luogo può dipendere da una diversa *posizione* giuridica dei più partecipi: e di questa parleremo in ultimo dove tratteremo delle *modificazioni accidentali* delle regole ordinarie di imputazione nella complicità. Può presentarsi sotto il rapporto della *perseveranza del volere*; e di ciò pure parleremo da ultimo.

§. 203.

Può infine presentarsi nella *intenzione* che *originariamente* si ebbe da uno, e che fu difforme dalla intenzione dell' altro. E di questa differenziale deve darsi cenno al presente luogo, perchè conduce appunto ad un *concorso di azione* senza *concorso di volontà*, o col concorso di *volontà difforme*.

§. 204.

Ma quest' ultimo caso di differenziale può svolgersi ancora esso sotto *tre* diverse forme 1.° — Può la divergenza cadere sui *risultati:* perchè l' uno (a modo di esempio) volesse *uccidere,* l' altro volesse semplicemente *ferire.* 2.° — Può cadere sui *mezzi:* perchè uno volesse (per esempio) servirsi di un *bastone,* e l' altro siasi valso di uno *stile.* Di queste due prime forme di divergenza, quantunque veramente appellino ad una diversità *originaria* nella *intenzione,* parlerò pure alla materia delle *modificazioni.* 3.° — Può finalmente la divergenza trovarsi nel *grado del dolo* respettivo: perchè (a modo di esempio) l' uno fosse sotto l' impulso di un *giusto sdegno,* e l' altro si trovasse di animo *tranquillo;* o l' uno avesse di lunga mano *premeditato* il delitto, l' altro sia casualmente sopraggiunto all' atto della consumazione, e per un *istantaneo moto* di simpatia verso l' aggressore o di antipatia contro l' aggredito, abbia efficacemente aiutato alla strage.

§. 205.

In questa doppia ipotesi sorge la figura di una *intenzione criminosamente distinta:* se non che sotto questo secondo punto di vista la intenzione *criminosamente distinta* non è più ragione di *escludere,* ma soltanto di *limitare* la complicità ed i suoi effetti; perchè non più trattasi a tutto rigore di una diversità di *sostanza,* ma di una diversità di *grado* nella intenzione.

§. 206.

Qui ci troviamo in faccia ad una questione sulla quale sono sostanzialissime divergenze fra gli scrittori e fra i pratici. Il non ammettere come assoluto il principio della *intenzione criminosamente distinta* può giovare talvolta, e talvolta nuocere al giudicabile. Se si ammette che il *complice non provocato* goda della scusa dell'impeto giustificata nell'*autore* per la patita provocazione, la *comunicazione* della intenzione *imperfetta* dell' autore al suo complice che ebbe una intenzione *perfetta,* gioverebbe all' accusato della complicità (1). Se si pretende che il *complice provocato* non debba godere della scusa perchè l' *autore non era provocato;* se si pretende che il *complice senza premeditazione* debba patire l' aggravante perchè l' *autore* aveva *premeditato* la strage: ecco, che la comunicazione della intenzione *perfetta* e del *dolo di primo grado* dell' autore al complice che aveva in sè una intenzione *imperfetta,* oppure un *dolo di terzo grado,* nuoce (e grandemente nuoce) all' accusato di complicità.

(1) Questa ipotesi fu presa in esame dagli antichi, configurando il caso del marito che sorpresa la moglie in flagrante adulterio, non avendo il coraggio di ucciderla di sua mano, ne ordinasse la strage al servo, e questi la eseguisse. Il servo aveva, o no, la scusa dell' adulterio a proprio favore? Vedasi questa elegante questione trattata nelle dissertazioni dell' Harpprecht *diss.* 1, *n.* 341.

§. 207.

In tutte coteste ipotesi io tengo come principio assoluto la *non comunicabilità* da partecipe a partecipe del *grado* di dolo che respettivamente si riscontra. Questo principio non è peraltro riconosciuto da tutti: e abbiamo dei documenti i quali mostrano come lo accettare ciecamente la comunicabilità della intenzione e del grado del dolo da uomo ad uomo abbia recato conseguenze terribili. La legge del reame di Francia equipara nella pena il complice all' autore principale. La giurisprudenza ha svolto questo fiero dettato con la più inesorabile severità. Così se alcuno si è implicato nel furto che altri commetta, supponendo che il furto dovesse commettersi o fosse commesso senza alcuna di quelle circostanze che ne aumentano la politica quantità, le Corti Reali di Francia hanno parecchie volte giudicato che il partecipe non sia responsabile delle circostanze aggravanti, alle quali non ha nè *fisicamente*, nè *intenzionalmente* partecipato. Ma altrettante volte la Corte di Cassazione ha cassato, decidendo che, scienza o non scienza, volontà o non volontà, il complice deve essere punito come l' autore principale (1). E fin qui la giurisprudenza francese ebbe necessità di così stabilire per la durissima lettera del codice cui doveva obbedire. Ma più esorbitante ancora è lo estendere che si è fatto al complice le aggravanti derivate dal dolo. Ricorda con dolore Champy (nella sua dotta dissertazione *de la complicité, Paris 1861)* come fosse anni addietro

decapitato un tale che aveva imprestato all' amico il bastone, del quale questi si era valso ad uccidere un suo nemico. La sentenza dichiarò essere risultato che il bastone era stato imprestato a condizione espressa, e dietro promessa che non se ne sarebbe fatto uso tranne modicamente e senza recare gravi offese alla vittima. Con tali dichiarazioni di fatto si disse che vi era *complicità* nell'omicidio; e fin qui sta bene per la teorica dell' *eccesso* che altrove spiegherò. Ma si decise eziandio che vi era complicità *anche nella* PREMEDITAZIONE; e qui fu lo errore. E così fu condannato a morte come partecipe di omicidio premeditato chi non aveva mai nè *preveduto* nè *voluto* l' omicidio. Controsenso palpabile, perchè la *premeditazione* è circostanza che tutta risiede nell' *animo*. Onde ammesso ancora che l' *autore* dovesse rispondere, non di lesioni premeditate e di omicidio istantaneo, ma di *omicidio premeditato*, per la ragione che il *suo fatto* posteriore mostrasse come egli avesse *premeditato* di *uccidere*, e non *premeditato di ferire* soltanto; ammesso, io dico, anche questo (che pur sarebbe un forte slancio di convinzione) non poteva l' istesso modo di argomentare ripetersi in ordine al complice, nel quale si dichiarava il concorso di una VOLONTÀ POSITIVA CONTRARIA all' omicidio. Sente ognuno che non può *premeditarsi* (cioè *volersi* a mente fredda) ciò che *non si è voluto*. La *ferma risoluzione* di *volere* ciò che *non si è voluto* neppure un istante, è un mostro ideologico. Nè vi è lettera, per quanto giudaica, di legge che giustifichi siffatte aberrazioni al tribunale della logica e del senso comune.

(1) Vedasi Bavoux *Leçons sur le code pénal, pag.* 433. — Molènes *de l' humanité dans la justice criminelle pag.* 547.

§. 208.

Io non vorrei dire che se l' autore principale era personalmente offeso dall' ucciso, se era un marito che uccideva la moglie sorpresa in adulterio, la scusa della provocazione o del giusto dolore si comunichi allo estraneo che invece di tentare di calmarlo, gli porse con animo freddo e crudele efficace aiuto alla strage; perchè la escusante è tutta posta nell' *animo* e nella sua perturbazione. Tra *animo* ed *animo* se può esservi *partecipanza* pel suo modo speciale, cioè per la *comunicazione* o dell' *affetto* perturbatore, o del *pensiero* micidiale, o della reciproca *concordia* delle determinazioni; cotesta partecipazione non nasce in modo assoluto dalla mera partecipazione *materiale* nel fatto, la quale non sempre unifica lo *stato soggettivo* dei due animi. Se una giusta causa esalta l' animo mio, questa giusta causa non sempre esalta l' animo del mio complice: se ad un truce pensiero di morte si compose freddamente l' animo mio, il pensiero mortifero o non entrò nell' animo del complice, o vi entrò per essere da lui rinnegato e rejetto; oppure vi entrò con la rapidità del baleno, e tosto lo spinse all' azione. Sta bene che chi ha voluto i *mezzi* senza volere il *fine*, possa tenersi responsabile anche dello *effetto non voluto* quando era facilmente prevedibile. E perciò il sovventore del bastone poteva dichiararsi partecipe del *titolo* di *omicidio*, perchè nel titolo di omicidio si incorre anche con *dolo indeterminato*. Ma il sovven-

tore del bastone con intenzione *determinata contro* l'omicidio, non può dirsi responsabile di *premeditazione,* ossia *determinazione verso* l'omicidio. Laonde applicando a lui cotesta aggravante si estendono alla intenzione di uno le condizioni tutte proprie della intenzione di un altro.

§. 209.

Non vi è parità di ragione tra comunicare il *fatto materiale* altrui, e comunicare ad uno la intenzione *più truce* di un altro; il fatto si comunica perchè del fatto si fu (se non autore) *causa,* benchè senza volontà determinata; la intenzione non si può comunicare perchè in sè non si ebbe dal complice e perchè non ne fu causa nell' altro; e perchè anzi egli ebbe una intenzione del *tutto opposta.* Questi, e simili errori, tutti si evitavano se i tribunali anche in faccia al draconiano precetto della parificazione della pena dettato dal codice di Francia, ricordavano la giusta nozione della complicità ed il sommo principio che la *morale imputabilità* è il precedente indispensabile della *imputabilità politica:* e che non si può essere *moralmente responsabili* di una circostanza tutta residente nell' animo altrui, la quale non si è nè *conosciuta,* nè *preveduta,* nè *voluta;* e quando non è *conseguenza diretta* di ciò che si è preveduto e voluto. Il qual sommo principio si svolge all' argomento nostro, nella formula della *intenzione criminosamente distinta.*

§. 210.

Per far prevalere nel fòro questa verità, non evvi bisogno di una riforma legislativa là dove sia in

vigore il ferreo sistema dell' adequazione, ed io ne ho solenne testimonianza (1).

(1) La regola che il complice *senza premeditazione* non sia responsabile della premeditazione dell' omicida, fu due volte sanzionata dai tribunali del cessato ducato lucchese; ove dal 1810 fino al 1848 dominò il Codice penale francese senza le modificazioni successivamente introdotte in quel reame. La Regia Ruota criminale, e il Supremo Tribunale di giustizia ripeterono nella causa contro i fratelli Mazzoni ciò che già si era stabilito nella causa Pieri. Trattavasi in ambo i casi di due archibugiate premeditate. L' una esplosa con arme carica a piombo minutissimo non avea cagionato che semplici ferite, l' altra carica a grosso piombo aveva necessariamente prodotta la morte. Non costruita la prova che lo esploditore dell' arma feritrice avesse avuto *scienza* della carica dell' altra, ne sorgeva chiara la proposizione che chi aveva esploso quell' arma avea *premeditato* di *ferire* e non di *uccidere* (come di fatto egli aveva ferito e non ucciso). Restava complice senza premeditazione dell' omicidio premeditatamente consumato dal compagno. E perciò i tribunali decisero che la premeditazione letifera del compagno non potesse imputarsi all' altro, il quale nè *in sè* l' aveva avuta, nè l' aveva nel compagno eccitata. Correvano i termini netti di una complicità con *intenzione criminosamente distinta:* e così fu deciso.

§. 211.

Malgrado questa che a me pare evidenza, i criminalisti Francesi ed anche i Belgi accettano senza ribrezzo la regola della comunicazione della *premeditazione* a chi *non premeditò*. L' Hoorebecke *(de la complicité, pag. 211)* così si esprime — *la circonstance de la préméditation dérive* du fait

criminel. Elle n' est point attachée à la qualité de la personne, le complice doit en repondre: il sera puni comme assassin — cioè decapitato.

§. 212.

Ammesso ciò, diveniva una necessità logica estendere al partecipe per giusto correspettivo anche la provocazione sotto la quale agiva l' autore principale. Se vale il dire che il complice di un omicidio premeditato, benchè egli agisse per moto improvviso o con sola intenzione di ferire, è sempre complice *di omicidio premeditato;* non può non valere il dire ugualmente che il complice del marito che sorprende l' adultera e la uccide, è sempre partecipe di un *omicidio scusato,* e che il marito che ordina al servo la uccisione dell' adultera (e che sarebbe scusato se la uccidesse di propria mano) diviene in cotesta guisa complice di un *omicidio* a *sangue freddo,* perchè il servo agì senza nessuna ragione, e per sola ferità di animo. Chi non vede la inaccettabilità di cotesta dottrina?

§. 213.

È notabile che la giurisprudenza di Francia procede con stretta aderenza al principio della *non comunicazione,* tutte le volte che nell' autore principale trovisi una circostanza minorante la imputazione costitutiva in lui d' *intenzione imperfetta,* od una circostanza *esclusiva* della imputazione perchè *esclusiva* di ogni intenzione criminosa; ed al complice nel quale non ricorre intenzione imperfetta, o

intenzione retta, applica la pena ordinaria quantunque la degradi, o la tolga all'autore principale. Ciò è coerente ai principii. Così si decide (Cassazione 17 luglio 1835) che sebbene l'autore principale di un falso sia in buona fede, e così esente da ogni imputazione, al suo complice che era in dolo debba applicarsi la pena ordinaria del falso. Così si decide (Cassazione 21 aprile 1815) che al complice del minore non profitta la imperfezione della intenzione dell'autore principale. Così si decide (Cassazione 20 decembre 1832) che le circostanze attenuanti dichiarate a favore dell'autore principale non giovano al suo partecipe. E si decide benissimo in questi termini, appunto per il sommo principio che si può essere partecipi del fatto altrui anche senza opera materiale, o senz'avere operato materialmente in tutti i suoi momenti; ma che non si può essere partecipi del *dolo*, o del *grado di dolo* che ricorre nel condelinquente, se in sè stesso non si ha il *dolo* o l'identico *grado di dolo*.

§. 214.

Questa verità si riconosce quando nell'uno dei partecipi materiali *manca affatto il dolo*. Ma perchè non deve altrettanto riconoscersi quando nel partecipe ricorre un *minore grado di dolo?* Il fatto sarà comune, ma il dolo è individuale. E se io non avendo premeditato la strage, e neppure sapendo che il mio compagno l'avesse premeditata, gli ho dato ajuto, col condannarmi a morte dimenticate il *dolo mio particolare* che non meritava la morte, per imprestarmi il dolo più odioso e fatale del mio com-

pagno, dolo a me straniero e da me ignorato. Blanche *(deuxième etude sur le Code pénal, Paris 1864, n. 23)* sostiene che il complice dell' omicida *provocato,* benchè egli niente sia provocato, deve godere il benefizio della scusa accordata all' autore. Certamente per chi comunica la *freddezza* dell' animo e la *premeditazione,* era logico comunicare eziandio il *turbamento* e la esaltazione del giusto sdegno. Ma qual è l' argomento su cui si ragiona questa dottrina nel caso inverso? È lo identico con cui si ragiona nel primo. Udiamo Blanche — *pourquoi la loi tempere-t-elle la peine! Evidemment à raison même des circonstances qui sont inhérentes* AU FAIT *incriminé et qui en attenuent la gravité. C' est donc* l' incrimination *même qui se* transforme, *et ce n' est qu' à cause de cette* transformation, *que le châtiment se modifie. Il faut en tirer la consequence que le complice et le coauteur profiteront de l' abaissement de la peine, puisque* la gravité du fait *de complicité se mesure sur la gravité du fait principal.* Ecco evidentemente il solito scambio di idee che è facilissimo dove non si distingue la *quantità* del delitto dal suo *grado;* ma che non può illudere chi tenace osserva questa grande distinzione della scuola italiana. Non è vero che il *fatto* per la provocazione si *trasformi.* Il diritto leso è l' istesso. Il provocatore non ha per la provocazione perduto il diritto alla vita. Si ha un uomo morto, nè la lesione del diritto è divenuta *diversa* per la provocazione. Si *degrada* la *imputazione,* perchè in quel delitto (che è pur sempre omicidio) trovasi una *forza morale soggettiva* minore dell' ordinaria, in quanto la determina-

zione volitiva dell' uccisore fu violentemente spinta dall' impeto di un giusto sdegno. Non si punisce meno perchè il *fatto* sia più leggero. Si punisce meno perchè lo *individuo* presenta una minore *malvagità subiettiva*. La ragione di degradare non è nel *fatto*, è nello *stato di animo* dello agente; nè più nè meno come lo sarebbe se l' uccisore fosse minorenne, e pel non completo sviluppo della sua intelligenza o per la minore fermezza della sua volontà se gli accordasse una scusa (1). Il *fatto* ancora qui è l' identico, non si *trasforma*: è l' uomo ucciso dall' uomo. Il titolo del delitto non varia. Ma una circostanza tutta individuale rende eccessiva la *imputazione* PIENA di quel *fatto* all' individuo che agì con *intenzione* MENO PIENA, o *imperfetta*. Ma ciò non toglie che al suo compagno il quale ebbe *pieno dolo*, e intenzione *perfetta*, si debba la *piena* imputazione del fatto: ed è ingiusto fare diversamente, come sarebbe ingiusto scusare il compagno del demente o dell' ubriaco per la infermità mentale di questo. E come? Io nutro odio mortale contro Tizio. Da lunga stagione spiai la occasione di lavarmi le mani nel suo sangue, ma temeva la enormità della pena minacciata. Un giorno lo incontro in una taverna, mentre egli alterca con Cajo. Veggo che egli ammena un colpo di mano a Cajo, e che Cajo avvilito si ritira in disparte: afferro l' occasione; Cajo è provocato, dico a me stesso, io mi ricovrerò sotto la sua scusa. Mi appresso a lui: gli porgo uno stile, lo rimprovero della sua pusillanimità, ne riscaldo l' ira, lo lancio contro il suo percussore: lo ajuto a svenarlo. Ed io ne uscirò con poca carcere; e potrò dire ai miei giudici, voi dovete scusarmi perchè

Cajo era provocato? Per me la *degradazione* della *imputazione* è sempre *individuale:* non modifica il *titolo,* non trasforma il *fatto.* La *quantità* del delitto è sempre la stessa. Soltanto in uno dei giudicabili la *subiettività* criminosa presenta una forza degradata, e precisamente la *forza morale.* Dove trovo degradazione, degrado; dove non trovo degradazione, non degrado.

(1) Bené Bertauld *(Leçon dernière pag.* 440) — *L'excuse n'est pas plus communicable au complice que l'immunité* (Lesellyer *t.* 2, *n.* 685): *elle tient à l'égarement d'une juste indignation.*

§. 215.

Nel tema rovescio della premeditazione questa palpabile verità si rafforza ancora da ulteriori considerazioni. Sia che la legge disponga in genere doversi la pena del complice adeguare sempre a quella dell'autore principale; o sia che disponga doversi la pena del complice proporzionare con certa misura alla pena dell'autore principale, sempre è un equivoco il credere che coteste disposizioni impediscano ai magistrati di tener conto del *diverso grado di dolo* che esiste in ciascuno dei partecipi. È un equivoco che è figlio di uno scambio di termini. Non trattasi di questione di *pena,* ma di questione di *complicità.* Per il *titolo più grave* che viene costituito dal dolo speciale dell'autore fisico non vi è *complicità* nel partecipe materiale. L'autore principale commetteva un *assassinio,* il partecipe intendeva di ajutare ad un *ferimento,* o ad un semplice *omicidio.* Non trattasi di circostanza aggravante e

non conosciuta, della quale possa dirsi che il complice ha corso il pericolo. Trattasi di *titolo* diverso. Non è complice di *assassinio* colui che credeva di partecipare ad un *omicidio,* o ferimento; come non è complice di *stupro violento* colui che abbia aperto l' uscio della casa, ove l'autore del delitto gli aveva dato a credere di introdursi per commettere un *furto* a benefizio comune. Non lo è, perchè non ha avuto *intenzione* di partecipare a *quel* misfatto, ma soltanto ad un *altro* diverso.

§. 216.

Tutti gli scrittori che accettano la regola della comunicazione della premeditazione si stringono tenaci all' argomento della *individuità del titolo.* Sembra loro repugnante che a due partecipi di un maleficio si applichino due *titoli di delitto* differenti: all' uno il titolo di *omicidio,* all' altro il titolo di *assassinio;* che così chiamano i francesi l'omicidio premeditato. Ma la *difformità del titolo* si ritorce contro di loro, quando si porta la disputa sul campo della *intenzione;* perchè se io ho voluto commettere un *omicidio,* non ho voluto commettere un *assassinio.* E dalla obbiettata *diversità* tra il delitto commesso dall' uno ed il delitto voluto dall'altro, se ne rafforza la mia tesi. D' altronde la regola della *individuità del titolo* non può accettarsi come assoluta perchè prova troppo. Se due afferrano contemporaneamente una donzella; l' uno da una parte la percuote a sfogo di rabbia; e l'altro dall'altro lato le ruba un monile; questi due che pur *materialmente* si sono dati reciproco ajuto bisogna pur di-

chiararli l' uno autore di lesioni e l' altro di furto. Qual valore ha essa la regola dell' individuità del titolo, quando vi è disparità di proeresi criminosa?

§. 217.

È totalmente differente la questione che si fa dagli scrittori (e che accennerò ad altro luogo) relativa a decidere se lo estraneo che scientemente ajuta il domestico a rubare, o il figlio al parricidio, debba rispondere del titolo speciale, che sorge dalle qualità personali dello esecutore del delitto. Non è adesso questione di *qualità personali*. È questione d' *intenzione* È questione di *dolo*. E sulla quantità del dolo non si può transigere per buona giustizia. Nel dolo non può esservi *comunicazione* fra persona e persona. Ciascuno deve, o in più o in meno, rispondere del delitto secondo la *quantità di dolo* che in lui si riscontra.

§. 218.

Procedendo con opposti principii ecco l' assurdo a cui ci troviamo condotti. Supponete che Tizio con aguato e premeditazione abbia aggredito il nemico per ucciderlo. Fidente nelle sue forze, egli vuole strangolarlo. Sopraggiunge Cajo che pure aveva nimistà con quell' infelice, e per un' istantanea ispirazione malvagia, scorgendo quella lotta pensa di profittarne, e corre anch' egli addosso alla vittima. Che farà Cajo in codesto stato di animo? Se egli ha fermato il braccio della vittima, e così ajutato Tizio a strangolarla; ecco egli è cômplice (senza preme-

ditazione) di un omicidio premeditato. Voi gli comunicate il dolo di proposito di Tizio; lo dichiarate complice di un assassinio, di un omicidio premeditato, e lo condannate a morte con l'autore principale. Se invece Cajo in quello stato di animo ha brandito uno stile, e con ripetuti colpi ha ucciso il nemico, ecco egli è *autore principale* di un omicidio improvviso. È stato egli l' omicida. Da lui definite il titolo del delitto. La mancanza in lui di ogni premeditazione vi necessita a dargli la pena del semplice omicida. Così Cajo in faccia alla dottrina francese è a miglior condizione se ha ucciso egli stesso; di quello che se egli abbia semplicemente ajutato ed incoraggito l'altro. È egli possibile non trovare assurdo e repugnanza morale in siffatte conseguenze?

§. 219.

Tali sono gli effetti dell' oblio di quel principio inconcusso, che l' uomo è responsabile della violazione di un diritto in ragione della prava intenzione: e che perciò non può essere responsabile se non in quella misura, e con quella proporzione che è adeguata alla maggiore o minore intensità del suo dolo. Queste verità non sono ormai contrastabili nella scienza. E queste verità io ho sostenuto nel foro anche sotto l'impero del codice di Francia, e per virtù delle medesime ebbi la consolazione di sottrarre due vittime alla scure del carnefice.

§. 220.

Questa opinione può dirsi fra i pratici essere comune dottrina: vedasi Federigo Böehmero

ad Carpzovium pars 1, quaest. 25, obs. 2 (1). Salva dunque la debita reverenza ai criminalisti francesi, io tengo come apodittica la regola della *intenzione criminosamente distinta:* la quale nei congrui casi deve sempre considerarsi, o come circostanza *esclusiva*, o come circostanza *limitativa* della complicità.

(1) I tribunali dell' impero Austriaco procedono tranquilli su questa regola, e distribuiscono le penalità sulla norma della respettiva *intenzione* dei condelinquenti, senza impacciarsi nel materialismo della asserta regola della *individuità* del titolo. Vedasi il giudicato della Corte Suprema di Giustizia in Vienna del 6 giugno 1860 riferito nell' *Eco dei Tribunali n.* 1418. Una fantesca aveva rubato una Banconota di fiorini cento, e l' aveva quindi portata a sua madre dicendo di averla trovata per via: la madre in codesta credenza se la era appropriata. Nessuna questione sul titolo di furto rapporto alla figlia. Grave questione invece si eccitò, e percorse tutti gli stadii di giurisdizione sulla punibilità del fatto della madre, e sul titolo a lei applicabile. La dottrina Francese non avrebbe esitato: la madre sarebbe stata dichiarata complice di furto proprio quantunque avesse creduto di partecipare soltanto al furto improprio di cosa trovata. Invece la Procura di Stato in Vienna si ostinò a sostenere in tutti i gradi di giurisdizione che la madre non era colpevole di niente. Secondo il sottile argomentare di lei, la madre non era partecipe del furto proprio commesso dalla figlia perchè non aveva avuto scienza di questo delitto: e non poteva dirsi partecipe del delitto di furto improprio, perchè tale delitto, sebbene da lei creduto, non era mai esistito. La prima conclusione procedette senza contrasto. Ma quanto alla seconda tutti i tribunali a cui la Procura di Stato successivamente la presentò concordi la respinsero, e la madre fu punita come partecipe di furto improprio. Considerarono che un delitto realmente esisteva, quantunque di

titolo diverso, e più gravo di quello creduto dalla partecipante. Considerarono che in questa vi era una intenzione criminosa. Onde se il suo errore sul vero titolo poteva variare la sua responsabilità non valeva a cancellarla. Parmi che questa sia nettamente una pratica applicazione della teorica della intenzione criminosamente distinta.

Un altro caso di intenzione criminosamente distinta trovo giudicato a Londra in un senso più largo, riportato nel *Digest of the Jurist* 23 *January* 1864, *p.* 56. Una fanciulla incinta chiese all' amante una dose di sublimato corrosivo dandogli a credere che mediante quello si sarebbe procurato l' aborto. L' amante le procurò il sublimato e la ragazza con quello si dette morte. Accusato l' amante di complicità nel veneficio fu assoluto, perchè quando anche la donna avesse avuto l' animo di uccidersi egli non ne aveva cognizione ma credeva che quella sostanza dovesse usarsi soltanto come abortivo.

È chiara la divergenza, perchè mentre i tribunali di Vienna valutarono la intenzione criminosamente distinta per ridurre il titolo del reato ai limiti preconosciuti dal complice, quantunque non veri, il tribunale Inglese invece valutò la intenzione criminosamente distinta per eliminare ogni imputazione: cioè quella del fatto vero perchè non conosciuto e quello del fatto immaginato e creduto dal complice perchè non vero. Ma checchè sia di questa divergenza di applicazione certo è che entrambo le Giurisprudenze convergono nel principio fondamentale in opposizione alla dottrina francese non ammettendo partecipazione in un delitto non previsto nè conosciuto quantunque si fosse previsto e conosciuto un delitto diverso, ed a quello si fosse voluto dar mano.

§. 221.

Terza figura — *Intenzione negativamente indiretta.* Leggete ripetuto da tutti gli istitutisti di diritto penale, che nei fatti *colposi* non può ravvisarsi

complicità. Eppure in pratica cotesto principio sembrò talvolta fallire. Errò la pratica? È falso il principio? Nè l'uno nè l'altro. Il principio è assolutamente vero; e finchè si vorrà istituire l'accusa sotto lo emblema della *complicità*, dovrà urtarsi in cotesto scoglio, e cadere; perchè non si può essere *complici* di un fatto che non si è *preveduto* nè *voluto*. Ma ciò non toglie che il preteso complice possa tenersi a calcolo e punirsi come *autore principale* di un fatto di per sè stante, che *individualmente* preso sia punibile come *colposo*.

§. 222.

Ritornate alla mente la teoria delle cause *mediate* e *immediate* nei fatti colposi. *Pietro* reduce dalla caccia, è andato in un caffè, ed ivi ha lasciato l'archibugio carico: ecco un fatto imprudente. *Luigi* recatosi in quel caffè, ha preso a maneggiare quell'archibugio; ne ha armato il cane, e così sbadatamente lo ha ricollocato dov'era. Ecco altro fatto imprudente. *Carlo* colà sopraggiunto, prende quell'archibugio, e ne abbassa la bocca in direzione degli astanti. Ecco di nuovo un fatto imprudente. Il cane scatta, parte la botta, ed un uomo ne resta ucciso. Ecco un omicidio colposo. Niuno eleva dubbio sulla responsabilità di *Carlo*. Egli è in *colpa:* egli fu causa *immediata* dell'omicidio. Ma *Pietro* e *Luigi* potranno essere puniti come *complici* di omicidio? Se l'accusa si formulasse in questi termini andrebbe delusa. Non è ammissibile *complicità* senza un concorso di volontà criminosa; e qui tal volontà non fu neppure nell'autore principale. E quando an-

che (cambiando la ipotesi) l'autore principale fosse in dolo, tornerebbe allo stesso per gli altri due che furono in semplice colpa. Per questo lato essi nulla avriano a temere.

§. 223.

Ma dovrebbero essi *Pietro* e *Luigi* restare esenti da ogni rimprovero? Ciò dipende dalla questione che altra volta trattai circa la responsabilità delle *cause mediate* nei fatti colposi. Ammesso che tale responsabilità si estenda ancora alle cause *mediate*, potranno obiettarsi a *Pietro* ed a *Luigi* i respettivi loro fatti, come atti che *di per loro stessi* costituiscono un delitto colposo. *Pietro* col lasciare in quel luogo l'archibugio fu *causa* fisica *(mediata)* del tristo evento: ecco un *materiale* che porge base alla imputabilità. *Pietro* potea prevedere i facili danni di un' arma lasciata colà: e volontariamente trascurò prevederli. Ecco il *formale* della colpa. Lo stesso ripetesi sul fatto di *Luigi*. Ma se su tale fondamento si puniranno *Pietro* e *Luigi* ad occasione del fatto di *Carlo,* non si puniranno già come *complici* di costui; nè come partecipi del suo quasi-delitto: ed il volgo che così da quella punizione argomentasse, errerebbe a partito. Si puniranno, perchè nel loro fatto isolato vi è quanto basta per ravvisarvi una *colpa,* che ne rende gli autori politicamente imputabili tostochè sorga lo evento sinistro. Tanto è ciò vero che nella causa *immediata* potrà talora trovarsi colpa leggiera, e grave nella causa *mediata:* e talvolta anche può essere senza rimprovero la causa *immediata,* esser essa stessa la *vit-*

tima del fatto, e meritare rimprovero la *mediata*, come il tutto a suo luogo vi dimostrai.

§. 224.

Ecco in che senso i *partecipanti* al fatto *colposo* possono essere responsabili; senza che per questo vacilli il principio razionale e costante, che nei fatti *colposi* non si ammette *complicità*. Il Tittmann sottilizzando immaginò che potesse ravvisarsi complicità *colposa* in quei fatti nei quali *poteva con facilità prevedersi* che ne sarebbe conseguito il delitto. Ma quando egli si attenta a concretare questa formula, la esemplifica nel caso di colui che porge un' arme all' uomo che egli vide correre infuriato dietro al nemico. Poco però vi vuole a comprendere che la esemplificazione dimostra l' assurdità della tesi. O si può affermare che chi porse quell' arme prevedeva che se ne facesse uso a ferire; ed allora non può non dirsi voluto ciò che si previde, quando si fece un atto inserviente a produrlo. Potrà essere questione, secondo la natura dell' arme somministrata, di dolo determinato all' *omicidio*, o determinato al solo *ferimento;* ma si avrà sempre il *dolo,* perchè troppo ardito sarebbe supporre una intenzione innocente in chi porge lo stile ad un uomo, che vede infuriato correre dietro ad un altro. O per le circostanze del caso non si può affermare che chi porse lo strumento prevedesse che se ne sarebbe usato a danno dell' altrui persona; ed allora non vi può essere *complicità,* perchè complicità non può esistere senza volontà diretta al fine: e volontà diretta non si può concepire senza previsione *attuale.*

§. 225.

Nella giurisprudenza Francese è stato deciso ripetutamente nel senso che la coefficienza accidentale non basta, se non fu esplicitamente preveduta e voluta: vedasi Legraverend *l. 6, sect. 1, 52* — Carnot *Code pén. sur l'art. 60, n. 20* — Chauveau et Helie *Théorie du code pénal tom. 2, pag. 115* — Corte di Cassazione di Francia 12 settembre 1812; 4 febbraio 1814; 18 maggio 1815; 10 ottobre 1816; 26 settembre 1817; 17 maggio 1821; 26 e 27 settembre 1822; 16 giugno 1827; 2 giugno 1832. Nè a questa teoria si oppone il giudicato della Cassazione degli 8 settembre 1831; nè il cenno apparentemente contrario di Morin *(journal criminel vol. 35, pag. 66)* e dello stesso Chauveau *(tom. 5, pag. 488)* poichè colpisce il caso di un fatto imprudente non di mero ajuto al delitto altrui, ma *causativo in sè stesso* della conseguenza lesiva del diritto. Similmente se io lascio un mobile in mezzo ad una via, e Tizio di là passando v' inciampa e si rompe un braccio, io per la mia contravvenzione imprudente potrò essere punito per titolo di ferimento colposo, non perchè io sia complice di Tizio, il quale ben lungi dall'essere autore di un delitto ne è il paziente, ma perchè l'*autore del delitto* sono io solo, in quanto ho eseguito con imprudenza un *atto* che è stato o *impulso*, o *causa* più o meno *mediata* della lesione.

§. 226.

Si abbia chiaro nella mente che l' *autore* del delitto non è lo *strumento*. E che l'uomo rispetto alla imputazione penale è *strumento* quando non è responsabile. Sia pure autore del *fatto* che fu causa *immediata* della lesione del diritto, non per questo è l' *autore del delitto;* il quale trova il suo *soggetto attivo primario* soltanto in colui che mentre pose in essere un *atto esterno* causativo di lesione, ebbe una volontà che lo rende responsabile o in ragione di dolo, o in ragione di disavvertenza.

§. 227.

Anche la Corte di Firenze dichiarò in un caso particolare la communicazione della colpa. Ma era un caso di *vera correità*. Trattavasi di due giovani che tirando entrambo a mano un biroccino avevano ferito un passeggiero. Non furono responsabili l' uno per il fatto dell'altro, ma ciascuno per il fatto proprio. È questione di formula: ma la diversa formula diviene essenziale per la possibile applicazione alle diverse *forme* di complicità. Il *concorso morale colposo* è concetto impossibile. È concepibile un *fatto materiale,* ed è concepibile un impulso *morale imprudente* che coadiuvi un altrui fatto o doloso, o colposo, o anche disgraziato e non imputabile all' autore. Ma quando si punisce simile fatto non si punisce un complice; si punisce l' autore di quel fatto come *autore di quel fatto.*

§. 228.

Teniamoci pure alla formula magistrale di Trebutien — *la complicità è reale* non *personale* — (*I, leçon 19*). Essa si connette col fatto *materiale* lesivo del diritto non con la persona autrice del fatto. Ma questa connessione *materiale,* se è necessaria a costituire la *complicità,* non sempre basta a farne nascere il concetto giuridico. A tal fine è necessario il *nesso ideologico.* In questo sta il concetto giuridico del *complice.* Quando manca una *criminalità principale,* o quando manca il *nesso ideologico* tra il fatto del preteso *complice* e il fatto principale, cosa vi resta? Vi resta un fatto *isolato* che deve essere giudicato alla sua volta come *principale.*

§. 229.

Lo istigatore al suicidio non trova criminalità nel fatto principale; non può dirsi *complice* di un *non delitto.* È responsabile del *fatto suo.* Il fatto principale non è che il *risultato* di quel suo fatto. Manca alla complicità lo elemento *giuridico* di essere connessa a un *delitto.* L'autore di un fatto *imprudente* può avere cagionato un *fatto* principale lesivo. Questo fatto principale può essere 1.° *non incriminabile* — 2.° incriminabile per *colpa* — 3.° incriminabile per *dolo.* Nel primo caso manca il nesso giuridico con un *delitto:* negli altri due casi manca il *nesso ideologico,* che è *essenziale* alla *complicità.* Giudicato quel fatto per le sue condizioni speciali, il fatto dell'altro non rappresenta che lo *evento,* il *risultato,* un *effetto* consequenziale al primo fatto.

§. 230.

D' altronde è chiaro che se si ammettesse *complicità per colpa,* si andrebbe all' assurdo: poichè dovendo la pena del complice misurarsi su quella dell' autore, e l' autore che fosse in dolo potendo meritare la casa di forza, condurrebbe così a subire il criterio di questa pena anche il preteso complice; il che porterebbe a questo, che se lo *imprudente* fosse *autore* egli stesso del fatto lesivo sarebbe punito meno di quello nol fosse per avere accidentalmente coadiuvato al fatto altrui. Repugnanza manifesta.

§. 231.

Giovi riassumerci un breve momento. La sottile teorica relativa a *questa terza figura* non può essere completamente svolta, nè può evitarsi un turbamento d' idee nelle sue concretazioni, se non si ricongiunge con la *seconda figura* discorsa di sopra. Infatti quando si propone in genere il quesito della *complicità nella colpa,* si affollano alla mente diverse configurazioni che si scambiano tra di loro con tutta facilità, ed ingenerano confusione: la esatta concretazione della regola esige che ciascuna di tali forme sia distintamente meditata per la grande difformità che tra loro ricorre.

§. 232.

Ecco le varie ipotesi nelle quali può sorgere la opportunità del quesito — 1.° Può aversi un *principale*

(autore) in *colpa,* ed un *accessorio* (preteso complice) pur esso in colpa. Questi sono i termini del caso *semplice* che ho disvolto testè: e nel quale io sostengo essere un solecismo giuridico parlare di complicità. Ogni singolo esecutore di un fatto, che in sè stesso sia *causativo* del risultato violatore del diritto, deve giudicarsi in sè stesso — 2.° Può aversi un *principale non imputabile;* ed un *accessorio* che sia in *colpa.* Ed ecco evidentemente inaccettabile il rapporto giuridico di complicità. Non si può essere complici di un innocente. Se lo imprudente che fu causa del male non potesse punirsi che come *accessorio,* sarebbe inevitabile la impunità di quello scioperato. Io mi sono cibato della sostanza venefica dall' altrui trascuraggine posta sotto la mia mano; e sono perito. Io sono vittima, non autore del delitto, se vi è delitto. E il delitto vi è: un delitto colposo nel trascurato che in quella guisa lasciò alla occasione altrui la micidiale sostanza. Di codesto delitto colposo lo imprudente bisogna bene considerarlo come *autore,* e giudicare il suo fatto in *sè stesso.* Lo che se si fa quando la sostanza venefica l' ho ingerita io medesimo a danno mio, deve farsi ugualmente quando io l' abbia per una seconda imprudenza porretta ad altri; ed abbia così posto in essere un secondo fatto colposo, che pure si deve giudicare in sè stesso. E vuole giustizia che si giudichi l' uno e l' altro fatto in *sè stesso:* poichè io posso essere stato in colpa lieve o lievissima (od anche del tutto irresponsabile) quando porsi al terzo quella sostanza; e può essere stato in colpa gravissima il primo che siffattamente la espose — 3.° Può essere il *principale* in *colpa,* e l' *accessorio* in *dolo.* Io posi il veleno al-

l'aperto pel truce divisamento che la fantesca imprudente lo scambiasse per sale, e avvelenasse i padroni. Suppongasi che nel fatto della fantesca si riconosca una imprudenza. Ecco in lei un fatto che vuol essere per giustizia punito, ricorrendovi i due estremi della *colpa* e del *risultato dannoso*. Ma nessuno vorrà dire che io sia *complice* di codesto delitto colposo, quantunque materialmente io non sia che *accessorio*; e nessuno vorrà punirmi su codesta benigna misura. Bisognerà bene rinnegare ogni idea di complicità; perchè all'assurdo logico di ritenere complicità dove non è nesso ideologico, risponde (ed è appunto la forza dell' imperativo logico che vuole così) un assurdo giuridico — 4.° Può essere il principale in *dolo*, e l' *accessorio* essere in *colpa*. Io per imperdonabile negligenza lasciai all' aperto il veleno: altri scelleratamente ne usò ad uccidere un terzo. Costui è senza dubbio *autore* di veneficio. A codesto veneficio fu di tale ajuto la imprudenza mia, che senza di quella non si sarebbe commesso il delitto. Sarò io dunque *complice* di veneficio, e per la imprudenza mia subirò la pena di morte? Nessuno oserà dirlo. Sarò io *autore* del veneficio? Impossibile a dirsi. Nè l' uno, nè l' altro. Sarò autore di un fatto imprudente che è stato cagione di una lesione del diritto da me non preveduta, benchè prevedibile. E questo fatto imprudente dovrà essere giudicato in sè stesso, secondo le proprie condizioni, e con misura tutta sua propria.

§. 233.

Ed ecco che sotto qualunque aspetto si configuri, non può la colpa far sorgere mai la nozione della

complicità con un fatto altrui; sia questo colposo, sia innocente, sia doloso. La colpa può essere giudicata e punita come fatto isolato. Non si connette con i fatti altrui se non per cercarvi il risultato dannoso che è lo *elemento materiale* della imputabilità della colpa: lo *elemento morale* lo deve trovare in sè stessa, e secondo questo graduarsene la responsabilità. In quello si cerca la *quantità* del delitto colposo, misurandola dal danno immediato. In questo si cerca il suo *grado,* misurandolo dalla gravità della negligenza.

§. 234.

E così per siffatta conclusione e per tali ulteriori esemplificazioni, io ritorno ad un più largo svolgimento della *seconda figura:* e completo la dimostrazione che non può esservi complicità dov' è *intenzione criminosamente distinta.* La intenzione è criminosamente distinta in tutti i tre casi possibili della sua difformità. Voglio dire: o perchè siavi difformità di *direzione,* in quanto dall' uno tendasi ad un delitto e ad un altro dall' altro: o perchè siavi difformità *nel grado del dolo,* in quanto qua si abbia la premeditazione, là il moto istantaneo, altrove il giusto sdegno escusante. O perchè siavi difformità intrinseca nello *elemento morale;* in quanto si abbia nell' uno la colpa, nell' altro il dolo. Sempre vi sarà difformità nella moralità dell' azione; sempre dovrà esservi difformità nella imputazione. La massima *à chacun selon ses oeuvres,* non è sempre vera in diritto penale, ove spesso si è chiamati a dar conto dell' opera altrui. In diritto penale invece dev' essere

assoluta la massima *à chacun selon sa méchanceté;* perchè se la gravità del fatto è il tipo su cui si determina la *quantità* politica del delitto, la moralità dell' agente è il tipo su cui la responsabilità individuale in prima si costituisce, indi secondo il suo modificarsi si misura e si gradua. Principio di eminente verità morale e logica nel tempo stesso, che non può non dominare nella scienza e non trionfare nella pratica; tranne in quei paesi dove un fatale precetto legislativo con draconiana ferità interdica alla reluttante ragione di fare omaggio ai sommi canoni di giustizia.

§. 235.

QUARTA FIGURA — *Intenzione imperfetta.* Anche qui troverete generalmente insegnato che nei delitti d' *impeto* non può esistere *complicità;* la ragione di tale dottrina sta in questo che nei fatti d' impeto non può, a cagione del bollore degli affetti, ravvisarsi una volontà precisamente *diretta* ad un fine; poichè ciò naturalmente esige la calma del ragionamento. In sostanza le ragioni per cui si esclude dai fatti d' impeto la complicità sono analoghe a quelle per cui ne escludemmo il *tentativo.*

§. 236.

Ma tale proposizione per altro non deve, in tema di complicità nel delitto perfetto, accettarsi così ciecamente. Perchè fra la complicità in un delitto condotto a compimento da altri ed il tentativo, esiste questa differenza, che nel tentativo mancando lo

evento che riveli la *idea* dello agente, questa rimane agli occhi del giudice nella sfera delle previosi congetturali; laddove nella complicità che si obietti rapporto ad un delitto consumato, avendosi la esistenza dell' evento ottenuto, questo può talvolta fornire prova esplicita e positiva del *pensiero* dello agente, anche *accessorio.*

§. 237.

In proposito di complicità bisogna guardarsi dal confondere i fatti di vero *impeto* da quelli di istantanea risoluzione. Egli è chiaro che la suddetta regola procederà insieme con la ragione che la dettò, nelle azioni commesse per moto istantaneo, e sotto il turbamento di violenta passione. Ma non potrà sempre corrersi a dire, è esclusa la *deliberazione* del fatto, dunque è esclusa la *complicità;* perchè ognuno comprende che anche negli atti di subitanea risoluzione può nascere un *concerto sull' atto,* pel quale più persone vi cooperino tutte con *positiva* volontà convergente a raggiungere un fine determinato.

§. 238.

Notisi inoltre che anche nei veri fatti d' *impeto* non può già dirsi che la complicità sia giuridicamente repugnante; ma solo può dirsi che ne sarà tanto difficile la prova, da essere sembrata quasi impossibile. Altro infatti è dire che una data *condizione giuridica* sia *difficile* a provarsi: altro che una data *condizione giuridica* sia *repugnante* alla scienza. In questo senso sarebbe errore lo impu-

gnare assolutamente la possibile *complicità* nei fatti rissosi, ed in generale nei fatti d' impeto.

Si sono spesso adottate come assolute nella scienza nostra certe proposizioni, perchè si sono studiate con la mente preoccupata da un caso al quale esattamente quadravano; senza avvertire che potevano esservi casi analoghi, nei quali diversa ragione corresse, e la regola divenisse fallace. Così la massima della *L. si in rixa 17 ff. ad leg. Corn. de sicariis* è indubitata se si applica ad *atti disgregati;* ma può essere fallace se si applica ad *atti* direttamente *coefficienti*. Se immaginate due che per subitaneo impeto si danno a percuotere uno stesso individuo, sarà giusto che ciascuno risponda dei propri colpi; e di *complicità* non si parli, perchè ciascuno di quei due ha lo *intendimento* di sfogare la ira *propria*, non quello di *coadiuvare* al fatto dell' altro. Ma se invece un di quei due ha afferrato il nemico, e rettolo con mano potente, ha gridato al compagno — *da', che io lo tengo;* o se uno nella rissa ha pôrto all' altro l' arma micidiale: o se, mentre altri corrissano, evvi chi eccita con la voce uno dei corrissanti a percuotere; si dirà forse che a cagione del furente sdegno che li acciecava, non fu tra loro *complicità*, e che il reggitore, o il porgitore dell' arma, o l' eccitatore non è partecipe della responsabilità del feritore (1)? È evidente che con ciò si andrebbe ad applicare una regola anche là dove cessa la ragione della regola. E non può egli nel più furente bollore della passione lanciarsi anche un mandato, che renda il mandante partecipe della responsabilità del sicario?

(1) Sono questi i tre casi nei quali i pratici esemplificarono come possibile la complicità in rissa, e insegnarono doversi

limitare la regola di Paolo nella *leg. ult. ff. ad leg. Cornel. de sicar.* Ma anche quei tre casi non presentano che una *potenza*, la quale deve pertanto cessare quando speciali circostanze mostrino una volontà diversa nel preteso complice. Colui che porse l'arme può avere avuto intenzione contraria: per esempio, io aveva un fucile; lottando col nemico cui non voleva uccidere, lo diedi al compagno per usare io della libera mano, e proseguii a lottare e percuotere con pugni: intanto il compagno si valse di quel fucile per uccidere il comune nemico: ecco la presunzione del 1.° caso sparisce, poichè mi spogliai dell'arme pel fine, che quell'uomo non fosse ucciso — Colui che afferrò il comune nemico, lo afferrò perchè questo munito di arme voleva uccidermi. Quel mio compagno lo fermò per disarmarlo, ed impedire effetti letali; altri intanto lo uccise. Bisognerà bene guardarsi dal fare la ingiusta metamorfosi di una intenzione mite nella intenzione letale; ed ecco, la presunzione del 2.° caso dovrà cessare — Colui che eccitava i corrissanti si limitò a dire *dategli addosso;* perchè vedeva tutti percuotere a colpi di mano vuota. A sua insaputa uno dei percussori brandì lo stile, ed uccise. L'eccitamento si riferiva alle percosse, non alla strage. E bisognerà bene per giustizia che la presunzione di complicità rapporto all'*omicidio* avvenuto cessi anche nel 3.° caso. In ordine al quale non può uascere dubbio che quando abbia i caratteri di complicità, questa si verifichi, non per semplice concorso di *volontà* ma per concorso di *azione*, per la circostanza della *presenza materiale* all'atto consumativo; come verrà spiegato in appresso, quando saremo appunto a parlare della *presenza* al delitto come atto corporeo capace nei congrui casi di costituire complicità, e della *parola* come capace a costituire concorso di *azione*. Tali avvertenze ho voluto fare perchè si conosca che sulle esemplificazioni è sempre rischioso lo stabilire una regola generale assoluta: e tutto si modifica per le circostanze. Il principio assoluto della scienza è uno solo — che non può esservi complicità nell'altrui delitto,

se non vi è concorso di *efficienza*, e di *volontà esplicitamente* manifestata.

§. 239.

Dicasi dunque con più esatta formula che il dolo d'impeto porta a *presumere* che il concorso di *azione* sia scompagnato dal concorso di *volontà* (1): e che tale presunzione vincerà sempre quando non si abbia una manifestazione *esplicita* di volontà che non lasci dubitare del concorso intenzionale dell'uno al fatto dell'altro. In una parola, la regola non sta nel *dolo d'impeto;* sta nella mancanza di *concorso* di *volontà*. Se questo si verifica *malgrado quello* in un modo *certo, univoco,* e *positivo,* la regola tace. In tal senso sta bene che il caso dei delitti d'*impeto* trovi sede in questa prima categoria, come figura di concorso di *azione* senza concorso di *volontà;* perchè *presuntivamente* è tale.

(1) Gli scrittori Francesi esprimono questo punto di dottrina dicendo doversi distinguere i *correi* dagli *autori simultanei* del delitto: Beaulieu *de la complicité en droit Romain et en droit Francais, pag.* 158 *et suiv.* Ciò che differenzia i primi dai secondi è appunto lo accordo, ossia il concorso di volontà.

§. 240.

Sono queste le esplicazioni del PRIMO CASO. Pure le ho mostrate sotto un solo punto di vista; supponendo cioè sempre la mancanza del concorso di *volontà* nel *complice*. Nulla osta per altro a che si rovescino le figure; immaginando che il *concorso di*

volontà criminosa sparisca in colui che fa l'atto di *consumazione* del delitto, perseverando nell'altro. Avrete sempre il medesimo risultato: che la *complicità* vi fuggirà di tra mano, perchè vi rimarrà *un delinquente solo.* In questa seconda ipotesi sparirà la imputabilità dell'autore fisico, ed il supposto complice ne assumerà egli la figura, come *causa* volontaria ed unica del fatto che cagionò la violazione della legge; perchè la mancanza di *volontà* nell'autore *fisico* lo cambia (come ho detto) in mero *strumento* dell'altro; e converte questo in *autore principale,* anzi unico del delitto.

SECONDO CASO

Concorso di volontà senza concorso di azione.

§. 241.

Perchè si abbia in questo caso la nozione della *complicità* bisogna supporre una *volontà comunicata esplicitamente* da persona a persona. Finchè taluno desidera il delitto, o internamente applaudisce al vederlo compiere da altri, costui pecca ma non delinque; perchè non aggiunge *forza* nè *morale* nè *fisica* al delitto, il quale da capo a fondo procede senza ricevere da quello influenza nessuna.

§. 242.

Bisogna dunque figurare che quella volontà sia stata manifestata, e che abbia o più o meno servito a dare *impulso* al delitto. In sostanza bisogna im-

maginare la *parola* da un lato, l' *azione* dall' altro lato. La mente di uno ha careggiato la idea della strage, il suo labbro ha proferito la parola — *uccidete* — ed il braccio di un altro ha risposto a quella parola con la uccisione. Questo concetto parrà a voi che presenti un caso *unico,* ma non lo è. Esso vi sviluppa dinanzi cinque *figure,* che sebbene appartenenti alla stessa famiglia, pure sono grandemente distinte tra loro. L' una è la figura del *mandante,* l' altra del *cogente,* l' altra del *comandante,* l' altra del *consigliere,* l' altra del *socio.* Tratti caratteristici dei più segnalati distinguono queste cinque figure: e il *mandato,* la *coazione,* il *comando,* il *consiglio,* la *società,* sono enti giuridici sostanzialmente differenziati.

§. 243.

Mantengo questa nomenclatura della vecchia scuola, perchè la parola *istigatore* se può accettarsi in un codice che dopo avere agli effetti penali identificato posizioni naturalmente diverse voglia con un sol vocabolo tutte abbracciarle, non può servire alla scienza, cui fa mestiere conoscere e tenere distinti anche con la nomenclatura gli oggetti sui quali cadono le sue investigazioni. Si istiga col *consigliare,* col *commettere,* col *comandare,* col *costringere,* con l' *associarsi:* la parola *istigatore* esprime una *materialità* comune a diverse condizioni giuridiche: la scienza ha bisogno di nomi che segnalino coteste diverse condizioni.

§. 244.

La nota caratteristica che distingue queste cinque figure è di facile riconoscimento. Ve l' addita la *utilità* del delitto.

Se il delitto che va ad eseguirsi torna ad *utilità* di chi vi concorse col *solo* comunicare la sua *volontà* all' autore fisico del medesimo, si avrà o il *comando*, o la *coazione*, o il *mandato*. Se il delitto torna ad *utilità esclusiva dell'autore fisico*, avremo il *consiglio*. Se ad *utilità comune*, avremo la *società*.

Questo dato giuridico è inalterabile. Potranno impropriarsi coteste figure; e il mandante, il socio, il consigliere concorrere anche all' *azione*; ed allora tale concorso modificherà la loro posizione giuridica, ed aggraverà possibilmente la loro responsabilità. Ma noi studiamo qui i casi semplici.

§. 245.

Il distintivo del *comando* e della *coazione* rispetto al *mandato*, sta in una circostanza che al *mandato* stesso si aggiunge. Il *mandato* è l' incarico dato ad altri, e da questo accettato, di consumare un delitto. Il *comando* è un *mandato* che da persona fornita di *autorità* si trasmette a persona subietta a cotesta autorità. La *coazione* nel punto di vista sotto il quale può figurare nella teoria della *complicità* (vale a dire nel solo caso di costretta *azione*, non di costretta *reazione*) è un *mandato* imposto con la *minaccia* di un male. Così il *comando* e la *coazione* non sono che *mandati qualificati*. L' abuso di

autorità nell' uno, l' abuso della *forza* nell' altro, ne costituiscono ad un tempo la qualifica, e la nota caratteristica. Quindi il *comando* e la *coazione,* di cui dovemmo tenere lunga parola nella dottrina delle *minoranti,* non occupano che breve spazio nella teorica della *complicità*.

§. 246.

Infatti se la *coazione* e il *comando* raggiungono quell' apogèo giuridico che in allora vi mostrai, cosicchè ne avvenga che la *causa fisica* del delitto evada ogni imputazione, o per mancata *spontaneità,* o per la mancata *cognizione,* egli è manifesto che la coazione ed il comando non hanno più sede nella presente teorica, perchè rimane un *unico* delinquente. E se invece la coazione ed il comando non giunsero a tale da rendere immune da imputazione l'autore fisico del delitto, le regole di questi due casi si confondono con quelle del *mandato.* E qui avverto che non mi pare esatta la formula che dettò il Carmignani quando disse che quanto meno l'azione sarà imputabile al comandato e al coatto, tanto più sarà imputabile al comandante e al cogente. Acciò questa regola fosse sicura bisognerebbe corresse una proporzione costante in ragione *inversa* fra la imputazione degli uni e la imputazione degli altri; alla guisa che in un debito civile quanto più se ne è pagato dal debitore principale, tanto meno ne resta a carico del mallevadore. Ma ciò non è. Voi già sapete che la imputazione di un reato col solo *dividersi,* e cadere su molti, non *minora:* anzi talvolta ne aumenta la politica gravità. E può bene

accadere che il *coatto* incontri una imputazione perchè manchi in lui taluno degli estremi del *moderame,* senza che per ciò ne scemi la imputazione del *cogente.*

§. 247.

Tenuta la *coazione,* ed il *comando* come *mandati* qualificati, stringeremo le nostre considerazioni sulle tre principali figure del concorso di *volontà* senza concorso di *azione;* voglio dire il *mandato,* il *consiglio,* la *società.*

§. 248.

Ma quando sarà che la *complicità* si sviluppi da questo concorso di *volontà* senza concorso nell' *azione?* Evidentemente quando *un' azione* sia *nata.* Il *mandato,* il *consiglio,* la *società,* non sono *conati.* Già sapete che per avere *tentativo* è necessario che sia incoata la *esecuzione* del delitto. Ora due che si accordano nel *volere* un delitto, con questa sola concordia non hanno intrapresa la sua *esecuzione.* Perchè dunque da quella unione di consensi sorga la nozione della *complicità,* bisogna che il *coatto,* il *comandato,* il *mandatario,* il *consigliato,* o il *socio* esecutore, abbiano intrapresi alcuni degli *atti esterni* che servono alla esecuzione del reato. Bisogna che siano autori almeno di un *tentativo.* Finchè non si ha lo *intraprendimento materiale* del delitto voluto, l' accordo scellerato potrà prendersi di mira come reato di per sè stante; ma non come elemento di *conato,* nè come dato di *complicità* in un delitto, che non ha mai cominciato ad esistere. Concepire

la idea di *causa morale* dove non si'ha *effetto*, è un assurdo. Potrà ·aversi il reato di *istigazione*, di *associazione illecita*, di *violenza*, di *abuso di autorità:* i quali, se furono consumati nel respettivo loro modo di essere, potranno nei congrui casi imputarsi come fatti criminosi *sui generis* a tutti coloro che vi accedettero con la loro libera volontà; ma non mai col criterio della *complicità*, nè del *tentativo*. Ciò premesso vediamo la specialità del *mandato*, del *consiglio*, e délla *società* a delinquere.

§. 249.

Prima figura — *Mandato*. Trovammo la nota distintiva di quelle tre *figure* nel diverso reparto della *utilità* del delitto. Nè questa è considerazione puramente nominale. Essa trae seco importantissime conseguenze circa il grado di responsabilità di colui che solo *moralmente* partecipò nel delitto. Avvegnachè la *utilità* essendo l'ordinario movente dell'animo umano, nei tre proposti casi la volontà dell'esecutore presenta una diversità nell' *impulso proprio* secondo la proporzione dell' utile del delitto: onde se il delitto sarà a tutto vantaggio dell' *autore fisico*, questi nella prospettiva dell' utile avrà una forza automovente non referibile al consigliere, quindi la volontà del consigliere dovrà tenersi come una forza che diede minore *impulso* al delitto. Se invece l'*utile* sarà comune, avremo un *impulso coeguale* nelle due volontà. Se poi l' utile ne verrà tutto a chi il delitto ad altri commise, egli è chiaro che nell' animo dello *autore* mancando una forza propria che lo movesse, anche l' *impulso* del suo volere sarà referibile

al committente, e la *forza morale* del delitto troverà la sua prima genesi nella costui volontà.

§. 250.

L' utile che dal delitto ridonda al *consigliato*, o al *socio* esecutore può far ritenere che anche senza la parola istigatrice eglino si sarebbero determinati al delitto. Il niun utile che dal delitto ridonda al *mandatario* fa invece presumere che senza quella ingiunzione mai il mandatario avrebbe dato opera a violare la legge. È così una conseguenza, che logicamente deriva dalle nozioni costitutive di queste tre *figure*, che in ragione del *concorso morale* si abbia minore imputazione nella ipotesi del *consiglio*, maggiore nella ipotesi della *società*, massima nella ipotesi del *mandato*. La volontà del *consigliato* ebbe un impulso nella veduta dell' esclusivo suo utile; la volontà del *sòcio* l' ebbe minore nella partecipazione dell' utile; la volontà del *mandatario* non ne ebbe nessuna in sè; tutto l' impulso alla determinazione criminosa gli venne dal mandante.

§. 251.

Procediamo dunque a determinare le norme di questa imputazione nel suo grado massimo; poi ne verrà facile il progresso ai gradi inferiori. Eccoci ad una delle gravi questioni della scienza. Cioè se *mandante* e *mandatario* debbano equipararsi nella imputazione. Su ciò essenzialmente divergono gli scrittori. Esiste aperto antagonismo fra le diverse scuole; da alcune sostenendosi che il *mandante* deve

essere punito alla pari del *mandatario;* dalle altre insegnandosi che deve essere punito meno. E le menti in questa disputa si infiammarono. Carmignani combattè Rossi; Roberti combattè Carmignani: e spesso le invettive fecero le veci di serie argomentazioni.

§. 252.

Meditando gli scritti dei diversi campioni che scesero in questa lizza, pare a me che la divergenza abbia la sua origine nel diverso punto di vista sotto cui si prese a stabilire la misura della imputazione dei reati. Gli uni fisarono la mente sopra l' *azione* criminosa; e l' *atto fisico* assunse agli occhi loro una prevalenza da cui non seppero declinare. Gli altri fisarono la mente sulla *causa* del delitto; e la considerazione della *causa* esercitò forza prevalente sull'animo loro. Il *mandante,* dice il Carmignani, *volle il delitto;* il *mandatario* lo *volle e lo eseguì:* dunque se nell' uno avete *volontà* ed *azione,* e nell' altro avete *volontà senza azione,* è ingiusto, che lo puniate ugualmente: nel delitto punite un *fatto:* dunque la parte attiva presa in quel *fatto* deve sempre predominare nei criterii del calcolo. Il mandante, soggiunse Bertauld, sarà la causa *morale* del delitto, ma non ne è la causa *giuridica.* Egli avrà una criminalità *subiettiva* uguale, e talvolta maggiore dell' agente *fisico.* Ma la legge non colpisce la criminalità *subiettiva* di per sè stante. Le risoluzioni per quanto perverse non si puniscono, finchè la criminalità *obiettiva* non è nata. Dunque nel mandante si punisce un elemento che per sè

stesso non sarebbe punibile: dunque vi è disuguaglianza giuridica fra lo istigatore e l'autore.

§. 253.

Il *mandante*, dice per lo contrario Rossi (e con lui Chauveau), fu la *prima causa* del delitto: e diede l'*impulso* alla volontà del mandatario, che ne fu una *seconda causa*. Sarebbe ingiusto che meno si punisse colui alla cui volontà risale la *prima* origine del fatto delittuoso. Nel delitto voi punite un *effetto:* la mancanza di *azione* nel mandante, che porterebbe a meno imputarlo, trova dunque un compenso nell' aumento di *forza causante*, che in lui si ravvisa. Nell' uno vi è tutta l'*azione*, e meno di *causa morale*; nell' altro vi è tutta la *causa morale* e nulla *azione*. Il risultato di questo calcolo deve essere la loro parificazione.

§. 254.

E siffatto diverso modo di guardare la questione sembrami risalire a più alta divergenza nei principii fondamentali della scienza nostra. Perchè se al gius di punire si dà per fondamento la *politica necessità*, sarà logica deduzione la prevalenza di ciò che si è *fatto*. E siccome la società ha principale necessità di difendere il diritto contro chi al mal volere (che a solo rimarrebbe perpetuamente innocuo) congiunge l'audacia di eseguire il delitto, poichè dal costui braccio nasce il *pericolo*, così sarà coerente lo stabilire una repressione maggiore avverso chi *eseguì* e *volle* il delitto; minore avverso chi lo

volle soltanto. Ma se al contrario la genesi del gius di punire tragge anche alla *violazione del dovere,* lo *impulso morale* dato alla *violazione* assume carattere prominente, e la cronologia delle respettive volontà influisce sul calcolo della imputazione. Così nella scienza i principii si concatenano tra loro con un nesso logico appena percettibile, e non percepito talvolta neppure da chi lo subisce.

§. 255.

Esitò in faccia a questa contesa il dotto Giuliani; e tentò uscirne col distinguere fra mandato *gratuito* e mandato *prezzolato.* Se il mandato è *gratuito,* egli disse, può ritenersi che un segreto impulso dell' animo suo muovesse il *mandatario* al delitto; ed allora si potrà imputar meno il *mandante.* Ma se il mandante ne comprò con una *mercede* la opera scellerata, su lui ricade la piena imputazione del reato. Malgrado però la deferenza dovuta a così insigne maestro, io non mi appago di cotesta distinzione. Io già non so persuadermi che il mandato *prezzolato* sia più odioso rispetto al *mandante,* che il mandato *gratuito.* Rispetto al *mandatario* trovo bene per questo lato una soverchianza di gravità nascente dal *salario.* Perchè un uomo che uccide alcuno per servire all' amico od all' amata ha un che di eroico anche in mezzo al delitto, che può meritargli commiserazione: mentre colui cho *per mercede* svena un innocente cui egli non odia, è l' essere il più vile ed abominevole, è il più esecrando fra tutti i delinquenti. Ma rispetto al *mandante* io non sento ugualmente la influenza del *sa-*

lario. Colui che abusa dell' affetto generoso di un amico o di un' amante, e lo sacrifica spingendolo al delitto, è anzi più vile e perverso, che non lo è chi compra il delitto con l' oro. L' anima del sicario doveva essere già rotta al male, se divenne *per prezzo* sicario. L' anima di chi eseguì *senza mercede* le altrui vendette potè essere pura fino a quel giorno, e divenire corrotta per soverchianza di devozione o di gratitudine verso il mandante. Odo dirmi che il mandante prezzolatore abusò dei *bisogni* del sicario. Io già nego questi *bisogni.* In nove casi su dieci il sicario si vende per cupidigia, o per alimentare viziose abitudini. Ma fossevi pure il bisogno. E che forse lo abusare dei *bisogni* altrui è più pravo che lo abusare delle altrui *affezioni?* È più vile l' uomo che compra una donzella avida di denaro; o l' uomo che seduce giovinetta innamorata, ricambiandone la cieca affezione col disonore? Io stimo più malvagio questo di quello.

§. 256.

L' unico argomento cui possa raccomandarsi cotesta distinzione si è una considerazione politica. L' uomo denaroso, può dirsi, troverà spesso un sicario: difficilmente troverete un amico che uccida per conto vostro. Dunque il concorso del *prezzo* rende più *pericolosa* alla società la persona del *mandante.* In questa osservazione può essere verità politica. Ma la maggiore difficoltà di eseguire un delitto in un certo modo, non è criterio giusto per minorarne la imputazione. Quando si punisce il fatto avvenuto, le difficoltà del suo avverarsi sono scom-

parse. Ciò prova che le difficoltà sono state vinte dall' arte dell' istigatore; e che l' esecutore *gratuito* si è trovato. Allora trattasi solo di istituire un calcolo di *proporzione* fra *mandante* ed *esecutore*. E la ricerca di tal proporzione non deve istituirsi col guardare soltanto se il mandante si debba punir *meno;* ma se il mandatario debba punirsi *più di lui.* Ora guardate la questione sotto questo aspetto, e vi troverete chiari. Ammesso che il *mandatario gratuito* si punisca *più* del *mandante*, ne verrà per conseguenza che il sicario *salariato* sarà *rispetto* al *mandante* a condizione migliore del *gratuito*. Instituite il confronto fra i mandatarii. Chi non fu sedotto da vil cupidigia, ma da riconoscenza o deferenza ad uomo che tanto ne dominò la mente da spingerlo a giuocar la testa senza frutto nessuno, si troverà *comparativamente* al suo istigatore dichiarato *più* scellerato di lui. E l' altro che alla strage dell' innocente ruinò per la sete dell' oro, sarà *comparativamente* guardato di miglior occhio!

§. 257.

Io non credo che la distinzione del Giuliani possa risolvere la questione presente. Si nel *mandato gratuito* come nel *salariato*, il mandante è la *prima causa* del delitto; egli in ambo i casi lo ideò, lo volle, e seppe trovar modo che il braccio altrui lo servisse a compirlo. O la idea della mancanza di *azione* si vuol tenere come guida; e si all' uno come all' altro deve tenersene conto per meno imputarlo. O si vuole obbedire alla considerazione della *causa:* e si l' uno che l' altro furono *causa prima* ed effi-

ciente del delitto: e debbono sopportarne la piena responsabilità, come se col braccio proprio lo avessero consumato. Lo *impulso* alla mano esecutrice fu dato dal mandante: o fosse mezzo a tale impulso l'oro profferto, od altro morale eccitamento, la efficienza risulta identica.

§. 258.

E questa ultima opinione ha prevalso in Toscana, specialmente dopo il codice del 1853, che all'articolo 49 equipara lo istigatore all'autore, tanto se per via di *mandato* (e vuolsi intendere *semplice)* quanto se per via di *minacce, promesse,* od in *altro modo* (formula di somma elasticità) abbia spinto l'istigato al delitto.

§. 259.

Accettando cotesto principio, non sarebbe per altro accettabile la sua applicazione se non come *presunzione* da obbedirsi nei casi normali, ma variabile nei casi eccezionali. Mi spiego; la equiparazione del mandante al mandatario nella punizione suppone due cose: — 1.° — che nell'uno e nell'altro concorra una *proeresi ugualmente malvagia:* — 2.° — che il mandante sia stato *prima causa* del delitto. Quando alcuno di questi due presupposti in un dato caso sparisca, deve cessare anche la regola della equiparazione.

§. 260.

Il primo presupposto sparisce quando (a cagione di esempio) si abbia *premeditazione* nell'uno, e nel-

l'altro no: o scusa di *provocazione* per l'uno, e per l'altro no. Difficilmente si toglierà dal *mandatario* la qualità della *premeditazione;* ma nel *mandante* è ciò facilissimo ad avverarsi. In un accesso di collera, ed anche sotto lo impulso di una giusta *provocazione,* una persona offesa ha lanciato la parola di vendetta, ed ha offerto ancora, se vuolsi, una mercede per vederla eseguita: un satellite infame ha speculato su quello sdegno, ed è corso ad immolare la vittima. In costui voi scorgete bene un *dolo di proposito.* Ma in quel *mandante* voi non trovate che *dolo d' impeto.* Se egli avesse consumato la strage di propria mano, avrebbegli giovato la scusa della *provocazione.* E perchè invece si valse del braccio altrui, l'animo freddo del sicario farà apparire gelato ad un tratto l'animo furente del mandatore? Ciò non può ammettersi. Applicare in tal guisa la regola della equiparazione sarebbe un intenderla giudaicamente. No: la equiparazione corre soltanto finchè trova pari grado di *dolo.*

§. 261.

Nel modo stesso che nella *coazione* e nel *comando* (mandati qualificati) mentre alla *causa morale* si applica la *piena* imputazione del reato, alla *causa fisica* si minora o si toglie la imputazione in ragione dell' autorità o del timore che ne minorano o ne tolgono il *dolo:* così debbono essere calcolate per la *causa morale* le circostanze speciali che agirono sulla sua volontà, senza che si violi con questo la regola della parificazione. Non vi può essere caso nell' universo diritto penale in cui le varietà del gra-

do del *dolo* rimangano senza risultato: nè può esservi presunzione *juris et de jure* circa uno od altro grado di pravità intenzionale. Io non ammetto delitto premeditato per *presunzione juris et de jure*. Qualunque forma criminosa può prestarsi alla ipotesi di una subitanea risoluzione, e di una proeresi meritevole di scusa.

§. 262.

Il secondo presupposto può sparire, o per dimostrazione di *verità contraria*, o per *presunzione* di legge. Il presupposto che il *mandante* sia la *prima causa* del delitto cessa per *prova di verità contraria*, quando un processo dimostri che la *prima* idea del delitto nacque dal sicario e non dal *mandante*. Anche questo è un caso facile a ritrovarsi, non solo nei romanzi e nei drammi, ma ancora nella storia. Un servo malvagio specula sulle passioni del ricco padrone. Sa che questi ha un nemico; ne esalta l'odio; gli offre il suo braccio sotto sembianza di generosa divozione; tanto fa e tanto dice, che il padrone, più che ordinare, consente alla strage di quel nemico. Punirete voi in questo caso il *mandante* al pari del *sicario?* No. Dimostrate coteste circostanze, la regola della parificazione deve cessare. Cesserà pel codice nostro, perchè non sarà *istigatore* chi aderì alle altrui *istigazioni*. Cesserà pei principii della scienza, perchè la dottrina della equiparazione tutta si fonda sul supporre che il *mandante* abbia per il *primo* concepito il delitto; che egli vi abbia trascinato il *mandatario;* che egli in una parola sia del delitto la *prima causa*. Laonde cancellata cotesta premessa, si dee cancellare la conse-

guenza. Una misura di calcolo istituita sulla presunzione che io sia seduttore, non riesce più giusta quando mi dimostro sedotto.

§. 263.

Cessa poi il secondo presupposto per *presunzione di legge*, quando il *mandatario* ebbe *dei motivi suoi proprii* per consumare il delitto. Questa limitazione è testualmente sancita dall' art. 50 del codice Toscano; ed è una logica indeclinabile derivazione della ragione della regola. Si vuole equiparare nella pena allo *esecutore* del delitto colui che lo ingiunse, perchè in costui si presume la *prima causa* del fatto delittuoso; cosicchè la *quantità morale* della sua partecipazione al delitto si tiene come di peso eguale alla *quantità fisica* dell' azione eseguita dall' altro. E perchè ciò? Perchè lo esecutore, non avendo nel delitto vantaggio alcuno, bisogna ben credere che senza il *mandato* non lo avrebbe commesso. Tale è il concetto del *mandato proprio*, che il delitto tutto ritorni a benefizio del committente. Ma se il sicario aveva dei *motivi suoi proprii* che lo spingevano a quel reato, la cosa è diversa. Si può dubitare che costui, ormai mostratosi prono al delitto, lo avrebbe commesso anche senza il *mandato*, e per quei *motivi suoi*. La distinzione è del Carpzovio *(pars 1, quaest. 4, n. 30)* che la trae da un consiglio del Decio, da un singolare del Marsilio, e dal Bossio; laonde anche questa savissima distinzione deriva genuina da fonte Italiano. Ad ogni modo le forze che hanno determinato la sua volontà sono state *due*. L' una fu il *mandato*, l' altra preesisteva

nel *mandatario*. Ecco *impropriato* il *mandato*. Ecco che il *mandante* non fu più causa *unica* e *prima* del delitto: egli presenta una *quantità* minore di *morale* influenza sul fatto. Cessando così la considerazione della prevalenza della *causa*, ossia della *quantità morale* della complicità, torna ad essere dominante la considerazione della prevalenza della *quantità fisica*, ossia dell' *azione*; e quel *mandante* risulta punibile meno del *mandatario*.

§. 264.

Coerentemente a tal pensiero l' art. 50 del nostro codice non ammise cotesta limitazione, se non quando *i motivi proprii del mandatario non fossero* ECCITATI *dal mandante*. Infatti se questi motivi particolari dell' esecutore sono stati *eccitati* dal mandante, i medesimi non offrono più nel mandatario una causa automovente ed autogenia a delinquere. Questa è dessa pure *causata* dal mandante; il quale torna ad essere a solo la *causa prima* dell' avvenuto misfatto.

§. 265.

Se non che gravissima difficoltà io vidi sorgere sulla interpetrazione di quella parola *eccitare;* la quale a vero dire non è felice abbastanza. Pensarono alcuni che la condizione del *non eccitamento* dovesse dirsi mancata, tosto che il *mandante* avesse con parole fomentato nel sicario il *motivo suo proprio;* quantunque quel *motivo* fosse *preesistente* e *precognito* al sicario stesso. Altri invece pensarono

che ad avere lo *eccitamento* ciò non bastasse; ma occorresse di più che il *mandante* avesse egli stesso *fatto nascere* quel *motivo* nell' animo del sicario, o col *crearlo,* o col *fargliclo manifesto*. Tale difficoltà nasce dal doppio senso della parola *eccitare. Excitare flammam* significa *destare un incendio. Eccitare la fiamma* può anche significare *soffiare in un fuoco già acceso.* Così gli uni intendono la parola *eccitare* nel senso più stretto di *suscitare:* altri la intendono nel senso più lato di *concitare.* Io non conosco che la giurisprudenza siasi ancora pronunziata su questa delicata questione: e dovendo precorrerla col mio pensiero, dirò che a me sembra accettabile la opinione più mite. A ciò mi conduce la lettera dell' articolo, il quale non dice *eccitare lo istigato,* ma *eccitare il motivo,* lo che rende inaccettabile lo intelletto di *concitare.* Ed a ciò pur mi conducono i principii fondamentali di questa dottrina, perchè data la *autogenìa* di un *motivo suo proprio* nell' animo del *mandatario, preesistente* al *mandato* ed a lui *precognito,* sparisce il caso *semplice* nel quale si configura il *mandante* come *prima causa* del delitto; e sorge il caso *misto* della duplice causa morale del delitto: ed allora la considerazione della *forza fisica* del delitto, *tutta* attribuibile allo istigato, torna ad esercitare la sua prevalente importanza rispetto al non concorso del *mandante* all' azione.

§. 266.

SECONDA FIGURA — *Consiglio.* Il *consiglio* consiste in una *insinuazione fatta ad altri per persuaderlo*

a commettere un delitto di suo esclusivo vantaggio. Scorge ognuno a colpo d'occhio la immensa diversità che sotto il punto di vista giuridico intercede fra questa figura e la precedente; e quanto sia minore la *quantità morale* di forza delittuosa in questa che in quella. La niuna utilità che dal delitto ridonda al *consigliere* porta a ritenere con grande facilità, che il consiglio possa essere dato per momentanea irriflessione, senza proposito di vederlo eseguito. Il consiglio nella maggior parte dei casi è scevro da deliberazione. Oltre a che lo interesse a delinquere, tutto concentrato nell'*autore fisico,* induce ad ammettere che anche senza la parola fomentatrice si sarebbe il delitto da lui commesso.

§. 267.

Di qui le dispute sulla imputabilità politica del *consiglio;* che da molti assolutamente si negò: nè questa opinione si restrinse ad alcuna scuola, ma è tuttavia dominatrice in molte legislazioni; come (per esempio) nel reame di Francia, ove quel Codice, quantunque severo, non ravvisa nella *nuda* istigazione un elemento di complicità (1).

(1) La giurisprudenza francese è costante nel non riconoscere *complicità* nel mero *consiglio*: Cassazione 24 novembre 1809 — 25 luglio 1858. Questa regola è tutta speciale perchè emana dalla legge positiva, cioè dalla lettera dell'articolo 60 del codice di Francia, il quale tassativamente indicando i modi di istigazione che secondo lui costituiscono complicità ne ha rejetto i caratteri in ogni altro modo non descritto. Solita conseguenza della troppa cura di materializ-

zare le definizioni. Siffatta regola non potrebbe come *assoluta* insegnarsi nella scienza, nè sostenersi in faccia al codice Toscano.

§. 268.

Nella scuola italiana prevalse un criterio più analitico, e la famigerata quanto giusta distinzione fra il *consiglio efficace* ed il *consiglio* che dicono meramente *esortativo*. Distinzione che trae radice dalla conciliazione de' varii frammenti del diritto romano, ma che al tempo stesso si asside sovra una base razionalissima; risalendo al principio della *causa*.

§. 269.

Nel primo si ravvisa un atto constitutivo di *complicità*, e come tale politicamente imputabile: nel secondo la comune scuola scorge un atto che, per quanto immorale, sfugge alla censura penale; e ciò perchè nel primo si tiene come certa la sua *influenza* sull' atto criminoso; nel secondo cotesta influenza apparisce per lo meno dubbiosa. Torna però difficile determinare *a priori* la esatta linea di sconfinazione fra il *consiglio efficace* ed il *consiglio esortativo*. Poterono gli scrittori agevolmente esemplificare il consiglio *efficace* nelle *istruzioni* date al delinquente sul modo di raggiungere il malvagio suo intento, perchè è sempre agevole esemplificare i due membri che sorgono da una distinzione nei loro punti estremi di divergenza; ma il nodo sta nei momenti di contatto fra membro e membro: e qui la scienza non può dettare una formula netta, che sconfini con criterio infallibile il consiglio *esor-*

tativo dallo *efficace*. La efficacia non può altrimenti definirsi che come *efficacia*.

§. 270.

Dovrà dunque dipendere dalla prudenza del magistrato il determinare nei casi speciali se il consiglio deve sfuggire alla imputazione civile: ed in ciò dovrà procedere con una ragione composta; indagando cioè nell' animo del *consigliere* se in lui fu *proposito di spingere* l' altro al delitto, e indagando nell' animo del *consigliato* se la *sua volontà subì* per cagione di quel consiglio un *impulso* al misfatto. Nel riscontro copulativo di questi due requisiti starà la ragione costituente la imputabilità del *consiglio:* perchè il primo costituirà il vero *concorso* di *volontà* del consigliere nel delitto; ed il secondo la *efficienza* di questo concorso. Sempre è l' istesso principio fondamentale quello che domina la teorica. Non può aversi un complice politicamente imputabile, se non in quanto in lui si riscontri una *causa volontaria* del delitto eseguito da altri.

§. 271.

Quando in tal guisa siasi ritrovato un consiglio costitutivo di *complicità*, sarà allora a vedersi qual rapporto debba esistere fra il grado della imputazione dell' autore principale, e il grado di imputazione del consigliere. E qui è comune dottrina che il consigliere, per quanto efficacemente abbia concorso al delitto con la sua volontà, debba però sempre punirsi *meno* dell' autore principale. E se ne ha ra-

gione evidente, perchè il delitto in questi casi riceve dall' autore principale non solo tutta la *forza fisica*, ma anche la parte maggiore della *forza morale*, per la cagione di delinquere che tutta risiede nel consigliato.

§. 272.

Il codice Toscano ha previsto il caso del *consiglio* all' art. 55, dichiarando *ausiliatore* chi in altri ha *facilitato*, o *fortificato* la risoluzione di delinquere, o *indicato i mezzi* di commettere il delitto. E lo essere dichiarato *ausiliatore* porta, nei casi ordinarii, a pena *minore* di quella che all' *autore* destina la legge.

§. 273.

La *indicazione dei mezzi* richiama quello che la scuola appella *consiglio con istruzioni*. Questo esercita non solo un *impulso* sulla *volontà* dell' agente; ma in certo modo lo esercita anche sull' *azione*, della quale *quasi* diventa *mezzo*. Quindi con esatto acume si adeguò nel grado della imputazione la *indicazione* alla *somministrazione* di *mezzi;* quantunque la scienza enumeri la prima tra le figure di mero concorso *morale*, e la seconda tra le figure di concorso *fisico*.

§. 274.

Il codice Toscano trova inoltre con quella prima formula la imputabilità del *consiglio* anche in tutti quei casi ove la *efficacia* del consiglio emerga nudamente dallo impulso dato al delitto nella sua *forza morale*, col mero agire sulla *volontà* del delinquente.

Quando la *risoluzione* a delinquere era vacillante in alcuno, e la parola altrui l' ha *fortificata;* o quando cotesta *risoluzione* non era ancor nata, e l' altrui parola ne ha *facilitato* la creazione; quella parola è sempre consiglio *efficace:* perchè se non ha *coadiuvato* all' *azione,* ha *coadiuvato* alla *volontà* delittuosa. E già si intende, benchè la legge nol dica, che cotesta parola *fortificatrice, facilitatrice,* o *istruttrice,* che con rigore forse eccessivo si parifica all' *aiuto materiale,* dovrà essere emessa *dolosamente;* vale a dire con *scienza* e *proposito* di indurre quell' effetto. Altrimenti si andrebbe davvero alla esorbitanza, elevando di tanto la responsabilità di una parola imprudente, con cui siasi elogiato un pensiero criminoso.

§. 275.

Ma lo *eccitamento,* la *facilitazione,* la *fortificazione* del criminoso disegno, può farsi tanto con la *parola* quanto con lo *scritto:* nè vi è ragione di distinguere. Dubbio può nascere quando non sia *immediata,* ma esercitata con l' *intermedio* di un terzo innocente; per esempio un falso messaggio inviato al pravo fine di eccitare al delitto. Ma io non crederei solido il dubbio; poichè dati i due estremi della *prava volontà* nello eccitatore, e della *efficienza* nello eccitamento; egli è indifferente la *forma speciale* assunta dal malvagio istigatore che ha raggiunto il perverso suo fine.

§. 276.

Del resto è intuitivo che la *fortificazione,* la *facilitazione,* e la *indicazione dei mezzi,* rappresentano

un *grado crescente di efficacia;* e quindi un grado crescente di imputabilità che potrebbe senza ostacolo stabilirsi *a priori* dalla legge, ma che non può, anche nel silenzio di lei, dimenticarsi dal giudice.

§. 277.

Terza figura — *Società.* La *società* delittuosa nettamente si ravvisa nel *concerto fra due o più* persone, tendente a commettere un delitto nell' *interesse comune.* La comunanza dello interesse è il tipo caratteristico che distingue la *società* dal *consiglio* e dal *mandato.* Possono i più *socii* concorrere tutti all' *azione;* ed allora dalla parte che avranno avuto in questa si prenderà la norma della respettiva loro imputazione. Ma può ancora alcuno dei *socii* non partecipare niente all' *azione;* ed allora costui sarà responsabile per il solo *concorso morale.* Ora in tale ipotesi la esistenza di un *interesse proprio* anche negli *autori principali* del delitto, torna ad impedire che tutta la *forza morale* del medesimo si faccia nella sua genesi risalire a colui che solo *moralmente* vi *concorse:* e perciò nella parità dello elemento *morale,* la prevalenza della *forza fisica,* attribuibile *tutta* a quelli che agirono, fa si che a questi si debba imputazione *maggiore* che agli altri.

§. 278.

Su tali principii limpidissimi corre anche il codice Toscano; il quale all' art. 59, prevedendo il caso del *socio* che non abbia neppure di *presenza* partecipato all' *azione,* permette che questi incontri pena infe-

riore a quella serbata all' autore principale. Nè qui parmi che possa farsi al codice il rimprovero di pleonasmo, quasichè all' art. 59 ripeta un concetto identico a quello già posto nell' art. 50. Esiste, pare a me, differenza sostanzialissima fra caso e caso: perchè nell' art. 59 si fa la ipotesi di *un interesse comune* fra chi fu *causa fisica* del delitto e chi vi concorse *moralmente* soltanto, mentre l' art. 50 suppone *due interessi distinti;* cioè l' *uno tutto proprio* dell'autore fisico del delitto, l' *altro tutto proprio* di chi gli diede l' impulso morale. Ciò chiaro emerge dalla diversa locuzione; perchè in un luogo si adopra la frase *interesse comune,* e nell' altro la frase *motivi suoi proprii:* ora i *motivi proprii* di ciascun delinquente sono evidentemente cosa diversa dallo *interesse comune.* Questi due casi sono distinti non solo nominalmente, ma anche razionalmente: e la differenza è feconda di resnltati reali.

§. 279.

La *società* criminosa può essere *speciale* e *generale.* È *speciale* quando più si accordano a commettere *un* delitto per interesse comune. È *generale* quando più facinorosi stringono un patto tra loro che in *tutti* i delitti che siano per commettere debbano darsi occorrendo mutuo soccorso; e che di ogni delitto da ciascuno di loro commesso debba l' utile essere comune; e ripartito così anche tra quei soci che non abbiano al delitto personalmente concorso.

§. 280.

Questa *società generale* può essere considerata sotto duplice aspetto: o come delitto *di per sè stante:* o come elemento di *complicità*. Quando si considera siffatta associazione come delitto *sui generis* (nel qual punto di vista chiamasi ordinariamente *associazione di malfattori)* essa costituisce un delitto perfetto in sè stesso subito stretto il *patto* scellerato. E immediatamente sottopone alla relativa imputazione e penalità gli associati anche prima che da nessuno di loro siasi consumato alcuno di quei malefizii che si era divisato commettere. Questo titolo speciale di reato dovrebbe essere considerato piuttosto come delitto di danno *universale,* che come delitto di danno *particolare;* perchè non ha bisŏgno alla sua consumazione del danno *effettivo* recato a qualche individuo, ma si contenta della *potenzialità* di codesto danno, ed ha la sua oggettività propriamente nel diritto astratto che hanno tutti i cittadini perchè nessuna associazione particolare in opposizione all' ordine esterno si costituisca nello stato.

§. 281.

Ma quando oltre codesto delitto *sui generis,* la società abbia condotto al risultato che uno degli alleati abbia eseguito un qualche delitto di quelli ai quali essa era preordinata, il delitto speciale di *associazione* assume la forma e carattere ulteriore di fatto costitutivo di *complicità* in questa infrazione; per cui tutti gli associati si tengono responsabili anche

di questa, benchè non vi abbiano di persona partecipato; ed anche prima che ne abbiano avuto *cognizione*, perchè per avventura il delitto sia stato scoperto prima che avesse luogo il reparto dell'utile. Lo che vuol essere particolarmente notato come una *singolarità* giuridica, perchè porge un caso speciale di complicità in un delitto, obiettata a chi non ebbe nè *volontà* diretta a quel delitto, e neppure *scienza* del delitto medesimo. Questa anomalia si ammette senza ingiustizia, perchè la scienza e volontà *generale* supplisce alla scienza e volontà *speciale*. Cosicchè nel consenso generalmente prestato si ravvisa lo elemento morale della complicità; e la partecipazione allo *elemento fisico* si supplisce dall' impulso dato alla determinazione dell' autore del delitto, che più audace vi corre incoraggiato dalla stretta alleanza.

§. 282.

Non bisogna peraltro dimenticare che l'accessione in un dato giorno ad una società già costituita, non può rendere il nuovo associato responsabile dei delitti commessi dalla associazione precedentemente costituita fra gli altri. Questo effetto retroattivo a carico del socio sopravvenuto non può ammettersi; perchè questi non può mai, senza un volo pindarico, considerarsi come concausa dei delitti che l' associazione consumava *prima* che egli vi prendesse parte, senza di che il concetto della complicità è un impossibile giuridico. Che se al nuovo associato nello ammetterlo in società siasi fatto parte del bottino accumulato coi precedenti delitti, ciò farà assumere a costui la figura di ricettatore (e per me di *con-*

tinuatore) dei delitti precedenti, dei quali partecipa il lucro: ma non può mai in buona logica dirsi che egli ne fosse un *ausiliatore,* un *socio,* e molto meno un *coautore.*

TERZO CASO

Concorso di volontà *e concorso di* azione.

§. 283.

Portati tutti i compartecipi di un delitto sul teatro dell'azione, le materiali operazioni poste in essere da ciascuno di loro assumono la norma direttiva del respettivo grado di imputazione; e le varie figure dei partecipanti vengono principalmente a distinguersi e definirsi su quella norma. E qui diviene influente la considerazione del *tempo* in cui cadde cotesta partecipazione *morale* e *fisica* nel reato: perchè il *tempo* si compenetra con la *importanza* dell'*azione;* e quindi con la sua *gravità.*

§. 284.

Qui dunque dobbiamo distinguere gli atti in tre serie: quelli che *precedettero* i momenti della *consumazione* del delitto: quelli che furono *concomitanti* agli atti di *consumazione:* e quelli che furono *susseguenti* alla *perfezione* del malefizio.

§. 285.

Se il *concorso dell'azione* cadde nei momenti che *precedettero* la consumazione del reato, avremo l'*au-*

silio; o secondo il linguaggio della vecchia scuola, la *complicità in stretto senso.* Se quel concorso avvenne nei momenti *concomitanti* la consumazione, avremo la *correità.* Se avvenne negli atti *susseguenti,* avremo o il *favoreggiamento* o l' *ausilio,* secondo la varia cronologia della *volontà* del partecipe. Tre dunque sono le *figure* che appariscono in questo *caso:* l' *ausiliatore,* il *correo,* il *favoreggiatore.*

§. 286.

L' *ausilio* consiste in — *qualunque atto o eseguito o promesso avanti la consumazione del delitto altrui, col quale atto effettivamente e volontariamente si concorra con la persona al medesimo, senza però intervenire alla sua consumazione.* Dicesi *con la persona,* per distinguere l' *ausilio* dal concorso *morale.* Dicesi *effettivamente,* perchè la *efficienza* dell' atto è elemento indispensabile della complicità. *Tentativo* di *complicità* non può ammettersi dalla scienza, come fra poco dimostrerò. E chi dia opera ad atti estranei e privi di ogni influenza *materiale* sul delitto che altri stia commettendo, benchè ciò faccia nel vano disegno di facilitare quel delitto, sarà uno scellerato imbecille, ma non un ausiliatore. Così chi per aiutare ad un veneficio tentasse fabbricare un veleno, e non riuscisse, non saria *complice* nè *conante* della uccisione che con *altro* veleno si consumasse; perchè su *quel* delitto non avrebbe avuto *effettività* la opera sua.

§. 287.

Dicesi *volontariamente*, perchè un' azione, quantunque *efficiente* al delitto, non rende *complice* del medesimo chi l' abbia posta in essere senza *animo di dirigerla* a cotesto fine. Dicesi *senza partecipare nella consumazione:* perchè se l' atto cooperativo avvenne in questo momento non si è più *ausiliatore,* ma *correo.*

§. 288.

Correo è parola tolta ad imprestito dal diritto civile; nel quale *correi* si dicono più persone strette con egual vincolo solidalmente fra loro ad una obbligazione qualunque. Per analogia di questa originaria significazione si disse *correità* la connessione ésistente fra tutti coloro che prendono parte al delitto nei momenti della sua *consumazione;* sia pur maggiore o minore la importanza degli atti che da ciascuno si pongano in essere. Nè a questo luogo distinguesi il momento della *perfezione* dal momento della *consumazione* del delitto. Il momento della *perfezione* è in molti delitti ontologicamente e giuridicamente *uno* solo; è quello in cui definitivamente fu violato il *diritto* che è l' *oggetto* dello speciale reato. I momenti della *consumazione (o atti consumativi)* possono essere parecchi. Tutti coloro che intervengono ai momenti della *consumazione* sono *correi.* Il vero *autore* sarebbe colui che pone in essere il momento della *perfezione* del misfatto. Se il delitto è di tal natura che in certe specialità ammetta più di un momento di *perfezione* (come il

furto di un compendio di cose eseguito da più persone, il quale diviene perfetto ad ogni *apprensione* della cosa altrui) saranno più gli *autori* o i *coautori*. Se non ammette che un solo momento di *perfezione* (come lo stupro) l' *autore* non può essere che uno solo. Potrà avere dei *correi*, per esempio in chi regga la reluttante donzella: potrà avere degli *ausiliatori*, per esempio in chi lo abbia introdotto nella di lei camera: ma dei *coautori*, volendo essere esatti, no; quantunque in pratica frequentemente la parola *coautore* si usi con maggiore larghezza.

§. 289.

Anche qui si volle modernamente estendere la denominazione di *correo* all' autore *psicologico*, come gli si voleva estendere la denominazione di *autore principale*. E così il mandante si venne a dire *correo*. Ma finchè il delitto dovrà consistere nel *fatto* esterno, che *solo* può violare la legge, coloro che al fatto non parteciparono fisicamente ed in modo principale, non potranno mai dirsi *correi* con l' esecutore fisico, senza portare confusione nella tecnologia della scienza. Essi non sono che *accessorii* al *fatto* altrui: questo anche senza la loro accessione sarebbe delitto: la loro accessione senza il fatto di quello non lo sarebbe. Desumere la *correità* del mandante col mandatario dal supposto che ei sia *ugualmente obbligato* come l'esecutore, si è cadere in una petizione di principio; ponendo come *postulato assoluto* ciò che altro non è se non una conseguenza disputabile (1).

(1) La nozione di *correo* nella materia penale si desunse talvolta da una ispezione *a posteriori*, cioè dall' essere te-

nuti *ugualmente responsabili* per una disposizione di legge: ma la nozione esatta deve cercarsi *a priori*.

§. 290.

Si ritorce poi la dimostrazione che di questa novella nomenclatura lessi in un recente opuscolo di valente criminalista: *Giornale La Temi .vol. 6, pag. 481.* Ei dice che al mandante bene si adatta la denominazione di *correo;* perchè sono *correi* tutti coloro nei quali *esiste la stessa principalità di obbligazione, per la quale ciascuno di loro, se fosse solo a dovere, sarebbe pienamente reus.* Ora ognuno vede la fallacia di questo argomento, al solo ricordare che il mandante non è debitore in faccia alla legge penale per il *fatto proprio;* ma per il *fatto altrui.* Cosicchè se il fatto di quello, isolato dal fatto di questo, non reca obbligazione nessuna, ne deriva che la figura di quello non può essere che *accessoria* alla figura di questo: deve essere non una figura *identica* con quello, ma una figura distinta, quanto è distinta l' azione *materiale* dall' azione *psicologica.*

§. 291.

Condizione indispensabile della *principalità* è quella di sussistere di per sè. Tutto che ha bisogno per sussistere di altro che lo sostenga, è, e non può essere che *accessorio.* Ma il concorso morale del mandante non incontra responsabilità per il delitto ingiunto al sicario, se non in quanto il sicario lo abbia materialmente eseguito. Dunque è questo il reo *principale;* l' altro non è che un delinquente

accessorio. Si punisca alla pari, se così piace, ma si conservi la nomenclatura che è congenita alla natura degli enti; e non si adulteri il senso genuino del linguaggio per servire ad una opinione.

§. 292.

Che se fa repugnanza non dover chiamare *correi,* o *coautori,* due delinquenti che per avere partecipato al medesimo reato sono dalla legge positiva puniti *egualmente,* si osservi che altrettanta, e forse maggiore, repugnanza si può trovare nel dover chiamare *correi,* o *coautori* due che siano dalla legge positiva puniti disugualmente. Onde essendo certo che mandante e mandatario si puniscono disugualmente quando il mandatario ebbe *motivi suoi propri* (codice Toscano art. 50) è evidente che se ad applicare la denominazione di *correo,* o *coautore*, dovesse servire di criterio la *parità* d' imputazione; la nozione del correo sarebbe *a priori* fluttuante, indefinita, variabile. La scienza non potrebbe allora darne la nozione che a *posteriori.* Dunque la nozione del *correo* si deve cercare nel criterio ontologico. Si devono studiare le cose, e secondo le varie condizioni che costituiscono il vario esser loro, designarle con *nomi* distinti per costruire un linguaggio esatto: e quindi secondo i principii regolatori della respettiva natura determinare le regole particolari di ciascuna; senza curarsi se due cose ontologicamente distinte vengano ad incontrare il risultato di una identica regola che entrambo le domina, o viceversa.

§. 293.

L' *ausilio* desume la sua importanza dallo *avvicinamento* maggiore o minore all' atto della *consumazione:* e secondo cotesto avvicinamento si distingue l' ausilio in *prossimo* e *remoto.* E naturalmente si intende che la imputazione dell' *ausilio* dovrà graduarsi secondo la sua *quantità* fisica. Maggioro cioè nell' *ausilio prossimo,* consistente in atti che di poco distano dalla *consumazione* del delitto voluto; minore nello *ausilio remoto,* consistente in atti che più ne sono lontani: tenuta però sempre l' avvertenza, che per giudicare di tale *prossimità* gli atti devono piuttosto *pesarsi* che *contarsi.* Vi è somiglianza fra la *quantità* del *conato,* e la *quantità* della *complicità.* Il criterio per distinguere nel semplice *ausilio* se esso è *prossimo* o *remoto,* può essere analogo a quello che suggerimmo per distinguere il conato *remoto* dal *prossimo.* Bisogna guardare l' *atto costitutivo* della complicità. Se quest' atto si connette coi momenti della *consumazione,* più facilmente l' ausilio si dirà *prossimo;* per esempio, fu scientemente somministrato il veleno, o lo stile che doveva uccidere. Se si connette coi soli atti meramente *esecutivi* si dirà più volentieri *remoto:* per esempio fu somministrata la scala per introdursi nella casa a rubare. Ciò è logico, perchè la *influenza* di un atto si è esercitata sulla consumazione, e la influenza dell' altro sui soli antecedenti; cosicchè il complice si trasporta in certa guisa in quel campo e momento di azione sul quale il suo atto ebbe *efficienza.* Ma

non può esservi qui un criterio veramente infallibile, e tutto dipende dalle circostanze speciali.

§. 294.

Del pari non è disputabile la regola che nella *correità* deve esser pari la imputazione di tutti i partecipi, in quanto attiene alla misura che se ne desume dal fatto; senza guardare a ciò che *fece* l' uno o l' altro circa la consumazione stessa: poichè ciò è una accidentalità, che non distrugge la individuità dell' atto criminoso cui tutti hanno contestualmente dato mano.

§. 295.

E ugualmente può tenersi come regola consentanea a giustizia che il mero *ausiliatore*, sia esso *remoto* sia *prossimo*, debba sempre punirsi *meno* dell' *autore* del reato. A *forza morale uguale*, presenta *forza fisica minore* nel delitto la opera dell' *ausiliatore* che quella dell' autore principale: saria dunque ingiusto adeguarli. È questa la vera e sola ragione della disparità di imputazione fra *autore* e *ausiliatore:* non già la considerazione dei *motivi* a delinquere che taluno pretese si dovessero presumere maggiori in quello che in questo; poichè tale presunta minoranza d' interesse è una congettura arbitraria e variabile, che non può per conseguenza dar base ad un canone costante di giustizia. Ma la parificazione nella pena dell' *ausiliatore* con lo *autore,* benchè mantenuta dal codice di Francia, è generalmente riprovata dai migliori criminalisti mo-

derni ed anche da parecchi fra gli stessi francesi. Non ha peso l'argomento di Cremani *(lib. 11, cap. IV, §. 11)* che senza l' *ausiliatore* non avrebbe l' *autore* consumato probabilmente il delitto. Anche questa è una ipotesi che non può dare solida base ad una regola generale. Non vale l' argomento dello Schroter che osserva essere mera *casualità*, se alcuno fece più o fece meno nell' azione delittuosa. Questo argomento può correre quando trattasi di partecipi che tutti intervengano nei momenti *consumativi:* ma in tema di vero *ausiliatore*, (di quello cioè cui si obiettano atti *esecutivi* del delitto precedenti all' incominciare degli atti *consumativi)* è arbitrario lo asserire che fu *caso* se ei fece quelli e non questi. Abbiamo il fatto: e deve sempre presumersi che il fatto ed il non fatto sia così perchè si volle fare o non fare. Chi somministrò lo stile al micidiale precedentemente senza assisterlo nell' assassinio, non abbiamo certezza che avrebbe avuto il coraggio feroce d' immergere quello stile nel cuore di un uomo. Come può egli affermarsi che ciò fosse caso? Kleinschrod riduce la questione a dei termini così semplici che nella loro semplicità valgono cento dissertazioni. L' *ausiliatore*, egli dice dev' essere punito meno dell' *autore*, perchè l' autore ha fatto *tutto* il *delitto*, mentre l' *ausiliatore* ne ha fatto una *parte* soltanto.

§. 296.

Laonde, in coerenza di cotesto criterio se l' *ausilio* fu tale che *senza* di *esso* il delitto *non potesse assolutamente* commettersi, può cessare la regola

della diseguale imputazione: perchè cotesta preponderante influenza dell' ausilio sul delitto, ristabilisce l'equilibrio fra quelle due forze, e configura nell' ausiliatore una *causa determinante* il delitto. Così anche il codice Toscano art. 57. Avverto però che questa regola quanto è giusta ed incontrastabile finchè si guarda in astratto, altrettanto è spinosa e quasi indefinibile nelle sue concrete applicazioni.

§. 297.

Del rimanente in questo argomento del concorso di *azione*, importa definire quali *atti* si esigano a costituire *complicità*. E qui la parola *azione* si prende nel suo più ampio significato. Cosicchè si può avere concorso di *azione* anche in un fatto *negativo*, anche in una mera *omissione;* anche nella *presenza*, quando la *omissione*, o la *presenza* erano volontariamente *coordinate* a facilitare il delitto, e lo agevolarono *realmente*. Colui che fa guardia nella via mentre il compagno ruba nell' altrui domicilio; colui che sta presente alla strage che il suo socio consuma, allo scopo di aumentarne il coraggio; il servo che omette di chiuder l' uscio affinchè i suoi amici pongano a ruba la casa; il servo che non accorse alle grida del padrone assassinato, perchè aveva precedentemente promesso di far le viste di non udire; sono tutti *complici* respettivamente dell' omicidio o del furto: e tutti complici per *concorso* di *azione*. Con lo assistere mediante un atto corporeo l' *azione* del loro socio essi la fanno propria; e il loro operato benchè *negativo* diviene *positivo* rispetto al delitto, perchè *positivamente* lo coadiuva (1).

(1) Si disputò se i Romani ammettessero complicità per atto *negativo*. E non sembra che per l'affermativa siano concludenti nè la *leg.* 109 *ff. de reg. juris;* nè la *leg.* 45 *ff. ad leg. aquil.* che evidentemente dispone per la sola responsabilità civile.

§. 298.

Può dunque anche l'atto *negativo* offrir concorso fisico all' *azione,* quando *tre estremi* concorrano: 1.° — *Efficienza* di quell'atto negativo sulla consumazione del delitto. 2.° — *Volontà diretta* a porlo in essere per tal fine. 3.° — *Manifestazione,* o tacita o espressa, di cotesta volontà all'autore principale. Se vi sarà la *efficienza* senza la *volontà,* non avremo complice, perchè avremo un concorso di azione senza concorso di volontà. Se vi sarà la *volontà* senza la *efficienza,* a quella volontà sconnessa mancherà il concorso di *azione.* Se vi sarà una malvagia *intenzione* ed una eventuale *efficienza* senza accordo con l'autore del delitto, mancherà il nesso ideologico fra la intenzione del colpevole e del preteso ausiliatore, e sparirà una terza volta la nozione della complicità.

§. 299.

Sfugge quindi all' addebito di complicità colui che si trattenga per mera curiosità spettatore dell' omicidio che altri commette, quantunque quel suo fermarsi faciliti eventualmente la strage, perchè il micidiale abbia immaginato ch' ei fosse là per assisterlo; e perchè la vittima lo abbia creduto un socio

del suo aggressore e siasi nella possibile resistenza avvilita. E sfugge all'addebito di complicità colui che nascosto *alla insaputa* dei combattenti, si tenga là presso con la intenzione di correre al soccorso dell'assassino ove ne faccia bisogno. L'atto del primo ebbe una *efficienza*, ma mancò dello estremo della *volontà* che le desse un nesso criminoso con l'azione: l'atto del secondo ebbe l'estremo della *volontà*, ma mancò di *efficienza*, perchè quella sua presenza non conosciuta non accrebbe nè coraggio all' aggressore nè timore all' aggredito: l'uno sarà un malaugurato innocente; l'altro sarà un malvagio fortunato: nessuno dei due sarà un *complice* dell' omicidio. E finalmente non può adattarsi la nozione della complicità al caso di un servo che adirato contro il padrone lasci aperto un uscio di qualche sua casa, nella speranza che qualche ladro colà s' introduca a rubare, e così ottenere vendetta del proprio padrone. Se difatti i ladri entrano pur colà e rubano, vi sarà per parte del servo un atto che ebbe *efficienza* sul furto, posto in essere con *prava intenzione*; ma pure non è giuridicamente possibile ravvisare una *complicità* fra due che forse non si sono mai veduti nè conosciuti. Se vorrà punirsi l'atto malvagio di codesto servo bisognerà applicarvi un titolo che *isolatamente* lo colpisca.

§. 300.

Sarebbe dunque una illazione precipitosa se della nuda presenza si facesse argomento di *complicità*, senz' altro appoggio di circostanze che dimostrassero la *intenzionalità* verso il delittto, e lo *accordo*

dei voleri. La Corte di Cassazione di Francia (vedi Dalloz *mot complicité, pag. 263, edit. belg.)* decise che un fratello il quale erasi tenuto inerte spettatore dell'omicidio che consumava il fratello, non si poteva dire complice del medesimo. Quando si ammette che la nuda *presenza* possa essere un *fatto* costitutivo di partecipanza al misfatto, si considera il dubbio sotto il mero rapporto dell' *azione*, presupponendo altronde certificato lo elemento intenzionale. E su questo si esige una chiara dimostrazione: la quale più specialmente si deve desiderare completa quando si cimenta il difficile assunto di sostenere la complicità non in un delitto *consumato* ma in un delitto *tentato*. Occorrono allora due slanci giganteschi. Bisogna che il giudice dalli atti dell' uno congetturi la sua speciale intenzione diretta all' effetto più grave non risultato: e bisogna che dalla inerzia dell' altro congetturi che questi congetturasse l' animo del compagno, e volesse dargli assistenza. Quando vedesi la giustizia correre su questi fili di ragnatelo non può frenarsi un tremito di paura.

§. 301.

La teorica della complicità per atti *negativi* ha bisogno di distinzioni importantissime; perchè il delitto altrui si può facilitare con mera *omissione* in due guise sostanzialmente difformi. O, cioè, con lo intralasciare una data azione che da noi si sarebbe potuta fare, e la non esecuzione della quale ha *facilitato* il delitto: come se il servo non apponendo li debiti serrami all' uscio ha reso più agevole al

ladro la introduzione. O con lo intralasciare un atto che ove fatto si fosse avrebbe *impedito* il delitto.

§. 302.

Circa la prima categoria di *omissioni* non può cadere seria disputa, perchè il *fatto omesso* assume il carattere di *mezzo* della esecuzione, benchè in sè non sia il fatto criminoso. Laonde tutto è questione di *scienza* o non *scienza*. Se colui che lasciò aperto l'uscio non ebbe cognizione che si dovessero per colà introdurre i ladri non può elevarsi sospetto di *complicità*, poichè non si può volere l'incognito; e senza volontà non si può essere complici. Si ha una negligenza redarguibile solo come fatto di per sè stante quando svolgasi in una mancanza di uffizio. Se invece la omissione fu dolosamente intesa ad agevolare il malefizio, si ha allora apertissima la nozione della complicità per concorso all' *azione* purchè esista l' *accordo*, come sopra ho detto.

§. 303.

La disputa invece cade sopra la seconda categoria di *omissioni*: quelle cioè che non hanno creato una *materialità facilitatrice* del misfatto: ma solo hanno fatto sì che la rea esecuzione non sia trattenuta come sariasi potuto. Questa seconda forma di *omissione* si sviluppa in tre casi. 1.° Nel non avere *ammonito* il colpevole. 2.° Nel non averne *arrestato fisicamente* le operazioni. 3.° Nel non avere *denunciato* preventivamente il delitto che si sapeva volersi commettere da altri.

§. 304.

In tutti questi casi nasce il dubbio se malgrado la *scienza* del reato che si andava a commettere, e la potenza in noi di impedirlo per uno di quei tre modi, ci rendiamo responsabili di complicità per non aver posto in essere quell' impedimento. E il dubbio nasce da questo che non può cotesta *scienza* e non opposizione al delitto unificarsi con la *volontà*, e neppure col *desiderio* che il delitto si compia (1).

(1) La Cassazione di Francia che già aveva parecchie volte sanzionato il principio non potersi ravvisare complicità nella semplice *inazione* di chi si astenesse dallo *impedire* un delitto che ei *vedesse* commettere da altri, o ei *sapesse* che altri fosse per commettere (30 novembre 1810 — 13 marzo 1812 — 27 marzo 1846 — 15 novembre 1847) ha dato una notabile sanzione a questo principio applicandolo recentemente (16 decembre 1852) ad un militare che era stato condannato a morte perchè non aveva impedito la grave insubordinazione che un suo camerata consumava sotto i suoi occhi. Sarà questa, essa avvertì, una mancanza di uffizio, ma non *complicità*.

§. 305.

Nella soluzione del problema se il non *ammonire*, il non *arrestare*, e il non *denunciare* (potendo) il delitto altrui costituisca, o no, elemento di complicità, vennero gli scrittori e i legislatori in assai disparate sentenze. Alcuni non fecero rimprovero del non *ammonire*, e del non *arrestare*, cercandone la scusa nell' apprensione del proprio pericolo: ma vollero incriminata la omessa *denuncia*. Altri, con di-

stinzione tutta empirica, insegnarono non doversi imputare la omessa *denuncia* nei delitti minori: doversi nei delitti *gravissimi* ed in specie nei delitti contro lo stato. Dottrina che trovò plauso appo i governi assoluti.

§. 306.

Tutti i criminalisti però che si attengono alla esatta nozione delle cose, osservano giustamente che chi si limitò a non *denunciare*, o a non *impedire* non può mai tenersi come *complice* del reato, per la ragione senza replica che egli con ciò non può dirsi avere *voluto* il delitto; potendo anche avere omesso di impedire per timore, e di denunciare per pietà o per pudore. Sicchè una *complicità* in un delitto che *non si è voluto* sarebbe un controsenso logico e giuridico. E così portano il disputabile non più sul terreno della *complicità*, ma sulla convenienza soltanto di imputare come delitto *sui generis* cotesta omissione. Sotto il qual punto di vista ha avuto modernamente un certo credito la dottrina della così detta *solidarietà defensiva dei cittadini;* per la quale si è costituito un dovere cittadino della prevenzione dei misfatti: si è detto che i consociati hanno diritto a che ciascuno di loro (potendolo) prevenga con le private sue forze i malefizi; e si è trovato una violazione di quel dovere ed una lesione di questo diritto nella trascurata possibile prevenzione.

§. 307.

Il principio della *solidarietà cittadina* nel suo esordio storico si manifestò con la proclamazione del de-

bito dei Comuni a rispondere dei danni derivati dai delitti commessi nel respettivo territorio, e si proclamò con la formula di *fidejussione universale*, o (secondo il Mittermaier) di fidejussione *mutua*. Il suo svolgimento in questo aspetto fu con molta ricchezza di erudizione discusso da Feuerbac *(diss. de universali fidejussione)* e da Kruseman *de fidejussione universali civium*. Non fu che uno svolgimento, ed anzi una mitigazione di tale principio, la idea di tenere responsabili non più tutti i conviventi nella terra del colpevole, ma quelli soli che avendo avuto potenza d' impedire il delitto se ne erano astenuti. Questa idea si accettò dalle Cortes spagnole nel progetto penale del 1821, all'art. 494: fu censurata dalla Corte di Castiglia Nuova nelle sue osservazioni sul progetto a *pag. 59*. Si è di nuovo riproposta nel progetto portoghese del 1862. La convenienza di tale principio, che può essere sempre disputabile presso un popolo retto a libere istituzioni e avanzato in civiltà, non sarebbe sostenibile in un governo assoluto. È una idea del Krug, che la impopolarità delle leggi che puniscono nel privato la omissione di denuncia, sia derivata dall' avere i legislatori imposto l'obbligo di denunciare pei soli delitti politici. Generalizzatela, ei dice, e diverrà popolare. Io dubito di tale vaticinio. Ma è ben vero per altro essere questa una questione di *principio*, e non di *favore:* e però o non doversi ammettere: o doversi generalizzare. Ed è positivo che quando voglia farsene un *delitto speciale*, non vi si potranno mai adattare i caratteri della *complicità*. L' accettabilità del principio della *solidarietà cittadina*, la estensione che può tollerabilmente darsi a

cotesto principio per costituire nel *silenzio* o nella *inerzia* un fatto delittuoso, non sono materia che spetti all' argomento attuale Qui basti solo ricordare che la utilità ed anco la ragionevolezza di imputare a delitto certe omissioni, non può mai essere bastante a contradire la natura delle cose, ed a far proclamare come verità una *repugnanza.* Ed è repugnanza assoluta fra la nozione della *complicità* in un delitto e la deficienza di *volontà* diretta al delitto. Si potrà dire che chi non fa la spia di certi delitti che sono venuti a sua notizia violi un dover civico, e sia passibile di una repressione penale: ma non potrà mai dirsi che colui che si astiene dal denunciare si renda *complice;* a meno che non si ammetta la presunzione esagerata che chi *non denuncia* il delitto, *desideri* e *voglia* che il delitto accada. Fu dunque erronea la opinione degli antichi che ammisero la *complicità* per *reticenza* (1). Più erronea la opinione dello Stubel *(de corpore delicti)* il quale non esitò di insegnare che chi sappia doversi commettere un delitto, e non lo denuncia, si renda *coautore* del delitto stesso. Fu un errore dello Schroter sostenere che costui era per lo meno *complice colposo.* Fuor di luogo si invoca l'autorità di Cicerone *(de officiis 1, 7) — injustitiam etiam esse eorum qui injuriam, ab iis quibus infertur, si possint non propulsant.* Cicerone può bene come moralista aver detto che si fa cosa *ingiusta* col non soccorrere in un pericolo il nostro simile: ma ei non disse già che tale inerzia renda responsabili del delitto altrui; nè Cicerone avrebbe potuto dire che tacendo si voglia; o che *senza volere* si contragga la *società* criminosa. Meno andò lontano

dal vero il Tittmann, che ravvisò nel non impediente e non denunciante, non già i caratteri dell' *autore* o del *socio*, ma soltanto i caratteri del *fautore*. *Fautori* di un delitto si può essere anche senza aver voluto, o senza volere il delitto stesso, quando conoscendo il delitto se ne favorisca l'occultamento in danno della giustizia. In questo senso potrebbe non essere repugnante il trovare una connessione di responsabilità fra il colpevole e il reticente; e la questione si ridurrebbe a vedere se sia conveniente lo ammettere un *favoreggiamento negativo*.

(1) Sono da vedersi in proposito Gundlingio *singularia ad legem majestatis, cap.* 4, *de jure puniendi silentium* — Teschemaker *de jure silentii cap.* 4, §. 5 — Vinckler *de crimine omissionis, Lipsia* 1792, §. 5 *et* 6 — Randwick *de reticentia, Trajecti* 1829 — Bohemer *meditationes in Const. ad art.* 177, §. 7. Fra gli antichi fu sostenitore del delitto di reticenza il Bartolo, acremente confutato da Baldo, che con ogni sforzo dialettico dimostrò non potersi ascrivere a delitto il tacere; e la dottrina di Baldo fu seguitata da Alciato, Connano, Hunnio, Wissembach, Tuldeno, Mynsinger, ed altri. Tutti però trattarono la questione sotto il punto di vista speciale della *lesa maestà*, e nessuno la generalizzò come più modernamente fu fatto.

§. 308.

Finalmente devo notare essere insulsa la soluzione che alcuni pretesero dare a questa controversia, dicendo che la complicità nasce non dalla *presunta approvazione (!)* del delitto; ma dal precetto della legge: la quale quando abbia imposto di denuncia-

re, ha fatto sì che chi non denuncia si renda partecipe del delitto. In questa guisa sarebbe facile sciogliere tutti i problemi. Ma in questa guisa si demolisce la scienza, e si va nell' assurdo di trovare il principio di ogni giustizia nel diritto positivo. Non cercasi nella scienza ciò che abbia un legislatore terreno disposto; ma ciò che un legislatore terreno possa disporre senza urtare la ragione e senza ledere la giustizia.

§. 309.

A questo luogo debbo pure un momento tornare alle nozioni che premisi al *secondo caso*, per evitare una difficoltà che potrebbe intorbidarvi la mente. Dissi che la *parola* (o *detta*, o *scritta*) configurava il comando, la coazione, il mandato, il consiglio, la società, tutti casi di mero *concorso morale*. Ma non è per questo a credersi che la *parola* sviluppi *sempre* il solo concorso *morale*. Bisogna distinguere fra *parola* che semplicemente agisca sulla *volontà* dell' autore fisico; e *parola* in cui si estrinsechi un cominciamento di *esecuzione*. In questa seconda ipotesi la *parola* costituisce vero concorso di *azione*, non solo nei delitti che consistono in parole o scritti, ma in ogni reato possibile. Quando si dice ad altri — avvelena, rapisci, uccidi, e simili; questa *parola* non offre altro che un *impulso* alla *volontà* di chi deve *agire:* laonde non è principio di esecuzione. Ma quando si *dice* al farmacista, consegnate il veleno; quando si induce con insidiose *parole* la vergine a recarsi ove il rapitore l' aspetta; quando con *parola* traditrice si invita la vittima in luogo ove il

nemico la ucciderà; non si dà *impulso* alla *volontà* dell' agente, si dà *impulso* direttamente all' *azione*. Distinzione sottile, ma esatta; che sconfina il caso in cui la *parola* esprime il solo concorso *morale*, dal caso in cui la *parola* costituisce il concorso *fisico*. In queste, e simili ipotesi, la *parola* non è più un *mezzo* diretto soltanto a determinare la *volontà* dell' agente: è un *mezzo* diretto a determinare *fisicamente l' azione*: è un atto *esterno* di cui abbisognava la *esecuzione* del delitto; e con tali *parole* si diviene *ausiliatori*, e talvolta anche *correi*. Lo stesso naturalmente avviene in tutti quei crimini, che si consumano con la parola, come la bestemmia, la ingiuria, la congiura, e simili. Bisogna insomma distinguere la parola *eccitatrice* dell' animo dell' esecutore, che offre i termini di mero concorso nella forza morale del delitto, dalla parola *esecutrice*, che offre i termini del concorso alla sua forza fisica.

§. 310.

Se fosse altrimenti, si avrebbero casi di *dolosa coefficienza* che sfuggirebbero alla imputazione. Colui che sapendo il pericolo che correva la designata vittima di un delitto, lo istigò a cosa che ne agevolava la consumazione, non sarebbe un mandante, nè un consigliere, perchè il consiglio o l'ordine non diresse all' autore, ma alla vittima del delitto: e potrebbe non essere un socio nel delitto medesimo. Bisogna dunque considerarlo nei congrui termini, come partecipante all' azione; e lo è per fermo, poichè il fatto positivo della sua *parola* entrò nella catena degli *atti esecutivi* del maleficio nè più nè

meno come la *mano* che abbia spinto l'infelice nel precipizio. La parola qui non fu *eccitatrice* al delitto: ne fu *esecutrice*.

§. 311.

Gli atti consecutivi alla consumazione del delitto, dissi che potevano sviluppare o la nozione dell'*ausilio*, o la nozione del *favoreggiamento*, secondo la cronologia della volontà di chi pose in essere cotesti atti. Se, quantunque posteriori al compimento della opera criminosa, furono *promessi* o *concertati prima della consumazione* del delitto, i fatti stessi si retrotraggono a causa della loro *precognizione*, e costituiscono vero e proprio *ausilio*. *Materialmente* questi fatti vennero ad esistere *dopo* il delitto: ma *intellettualmente* esistevano *innanzi*, perchè il delinquente già vi calcolava come su cosa certa, per l'iniquo patto stipulato con l'altro. Colui che avea pattuito di comprare la roba prima che il ladro la rubasse; colui che aveva in precedenza promesso all'omicida il mezzo di porsi in salvo dopo commessa la strage; non potrà negarsi complice del furto o dell'omicidio, benchè i suoi atti venissero a fatto compito. Se questi fatti vennero ad esistere *materialmente* dopo il delitto, *intellettualmente* però esistevano anche avanti, per la *promessa* e la *precognizione* loro; e così la loro esistenza *intellettuale* antecedente al delitto *influì sulla esecuzione* del medesimo; perchè l'autore principale ruinò più facilmente al delitto quando fu certo di avere un luogo cauto ove nascondere gli oggetti, o un mezzo sicuro per salvare sè stesso, e simili. In tal guisa la *ricet-*

tazione o di persone, o di strumenti, o di oggetti, (benchè avvenuta posteriormente al delitto) se fu *precedentemente concertata,* viene ad essere *causa del delitto* medesimo.

§. 312.

Ma quando gli atti *posteriori* al delitto non sono conseguenza di un *precedente concerto,* è nella generalità dei casi assurdo giuridico lo innestarvi la idea della *complicità;* perchè non può esistere *causa* che sia tutta posteriore allo *effetto,* tanto nella sua esistenza *materiale,* quanto nella sua esistenza *intellettuale.* In questi atti si configura un delitto di per sè stante, che dicesi *favoreggiamento.*

§. 313.

Il *favoreggiamento* pertanto trova sede nella teorica della *complicità* più per analogìa, che per un principio di stretta pertinenza. Esso è una figura piuttosto *adesa* che *coesa* al delitto gia consumato. Il *favoreggiamento,* guardato secondo la idea che ne porge il codice Toscano coerentemente alle più moderne elaborazioni della scienza può definirsi — *qualunque atto esterno idoneo, mediante il quale scientemente dopo la consumazione di un delitto, ma senza precedente concerto, e senza portare il delitto stesso a conseguenze ulteriori, si coadiuvano gli autori del medesimo o ad assicurarne il criminoso profitto, o ad eludere le investigazioni della giustizia.*

§. 314.

Dicesi — *scientemente* — perchè non basta l' accidentale idoneità che abbia un atto a favorire un colpevole, se quell' atto non si operò con *scienza* del delitto e col fine di favorire il delinquente. Tale *scienza* deve essere anteriore all' atto che costituisce *favoreggiamento,* nè a quella equivale un mero *sospetto.*

§. 315.

Dicesi — *dopo la consumazione, ma senza previo concerto* — perchè se il favore fu prestato avanti la consumazione, o se a questa *precedette* l' accordo, nasce allora, come si è veduto, l' *ausilio.*

§. 316.

Dicesi — *senza portare il delitto a conseguenze ulteriori* — poichè se ciò fosse, si avrebbe una *continuazione* del primo delitto; e così una vera *partecipazione* al medesimo. Ed è questa la ragione per cui criminalisti di sommo nome persistono anche oggidì a sostenere, che il ricettatore o acquirente doloso di cose furtive non è un semplice *fautore,* ma un vero *partecipante* al delitto di furto; perchè col suo atto consuma una *ulteriore violazione* del diritto di proprietà (1).

(1) Vedasi il mio discorso sulla *ricettazione di cose furtive: opusc. vol. 3.*

§. 317.

Dicesi — *ad assicurare il criminoso profitto* — per includere nel favoreggiamento qualunque modo con cui si ajuti, a delitto compiuto, il colpevole a raggiungere quel vantaggio cui col delitto mirava. Aggiungesi — *o ad eludere le investigazioni della giustizia* — per includere nella nozione del *favoreggiamento* tuttociò che si faccia per coadiuvare o lo *interesse*, o la *sicurezza* del delinquente rispetto alle investigazioni della giustizia onde impedire a questa la scoperta e la prova del malefizio o il recupero dei corpi di delitto, o l'arresto del delinquente dopo il consumato delitto (1).

(1) Questa idea, esprimente il *fine di salvare il delinquente* dalle persecuzioni della giustizia, prevale nella denominazione che usano gli spagnoli per indicare i fautori: *encubridores*: vedasi Zuñiga *Practica Judicial vol. 2, pag.* 433. Più ampio concetto si espresse dai Portoghesi con la parola *adherentes*.

§. 318.

Difatti distinguevasi nell' antica scuola la *ricettazione* criminosa in ricettazione di *frutto* del delitto (per esempio comprando o nascondendo le robe furtive) ricettazione di *oggetti* attenenti al delitto (per esempio occultando le armi omicide, i conii falsificatori della moneta, o simili) e ricettazione di *persone delinquenti*. E mentre tutti i criminalisti insegnavano che il semplice *elogio* di un delitto già commesso non fosse politicamente imputabile; si

ammise per altro, sebbene per principii diversi, la responsabilità penale di tutte tre quelle *ricettazioni.* Ciò è ben giusto, perchè quando siano tali ricettazioni *intrinsecamente immorali,* le rende politicamente imputabili il *danno* non solo che ne riviene alla pubblica giustizia, ma anche lo *influsso* che la speranza di trovare fautori (accresciuto per la impunità dei medesimi) può esercitare sulla determinazione criminosa. Era giusto imputarle: ma errato imputarle con la norma della *complicità.*

§. 319.

Ma la parola *ricettazione* non esprimeva bastantemente tutti i casi di criminoso *favore:* perchè anche senza *nascondere cose od uomini* si può *favorire* il delinquente con atti consecutivi al delitto: per esempio, ubriacando i birri che inseguono il reo; eludendo i perquirenti; ingannando spie; e simili. Questa è la nozione che diede del *favoreggiamento* il codice Toscano (art. 60 §. 1) il quale coerentemente ai principii più veri che la scienza detta in ordine ai *meri fautori,* infligge mitissime pene; la misura delle quali non ha relazione alcuna con la pena serbata agli *autori* del delitto. E bene a ragione; perchè questo fatto non si connette col delitto già consumato che come mera accidentalità, nella quale non può ravvisarsi nessuna forza *diretta* o causativa del delitto stesso: talchè molte legislazioni poterono senza danno trascurare i fatti di *favore* che non fossero *abituali,* e che non avessero *continuato* la violazione del diritto, considerandoli come conseguenza piuttosto di un lodevole o scusabile spirito di umanità, che di malvagia tendenza.

§. 320.

Il codice Toscano non la intese così. Ei volle indistintamente punito qualunque fatto con cui senza abitudine e senza previo concerto, si agevoli per veduta di rimunerazione od anche per solo sentimento di affezione o pietà la fuga del reo, o l' occultamento del suo delitto; quasi per costringere i cittadini a farsi delatori in sussidio della giustizia. Il codice unificò il caso di mero *favore* alla *persona* del reo, con l' *ajuto prestatogli ad assicurare il criminoso profitto:* quantunque nei due casi sia distintissimo e l' *affetto,* e lo *effetto.* E dopo essersi così mostrato nemico di ogni moto di pietà, fu largamente pietoso alla cupidigia ed alla avidità. Infatti il codice prevede poscia il caso speciale di chi *riceve scientemente in consegna* cose *rubate:* ed all' articolo 418 lo punisce *meno* del *fautore.* Cosicchè chi compra scientemente cose furtive non può aver pena maggiore di un anno di carcere (art. 418), laddove chi aiuti il ladro a nascondere o a consegnare ad altri la cosa furtiva, può soggiacere a due anni di carcere (art. 60). Della qual differenza (che è singolare) francamente dirò rimanermi arcano il motivo.

§. 321.

Noterò solo un fatto, che mentre le leggi romane appellarono i ricettatori *pessimum genus (leg. 1 ff. de receptatoribus)* e tante legislazioni hanno costituito della ricettazione delle *cose furtive* un caso speciale, pel fine di punirlo *di più,* e talvolta fino

alla esorbitanza (codice Francese art. 62) il nostro codice, oltre ad aver qualificato anche questo fatto come un semplice *favore* malgrado i suoi distinti caratteri, si è mostrato tenero pei compratori dolosi di cose furtive; e ne ha fatto un caso speciale pel fine di punirlo assai *meno*. Io ho svolto largamente il mio pensiero su tal proposito nel discorso *sulla ricettazione* di cose furtive. E il mio pensiero è questo: che sia un errore radicale costruire un titolo di delitto contrario alla *verità:* che la verità del *titolo* debba cercarsi nella *proeresi* del delinquente, quando lo *effetto* non trasmoda l' *affetto*. Laonde io non posso adattarmi a trovare il titolo del *favoreggiamento*, che ha per suo speciale concetto l' animo di proteggere i colpevoli di un malefizio già consumato e deludere la giustizia che li persegue; io non posso, dico, adattarmi a trovare questo titolo nel fatto di chi senza alleanza nessuna col malfattore, senza affetto alcuno per lui, od ostilità contro la giustizia, ma per sola veduta di proprio guadagno, CONCORRE col proprio fatto doloso A CHE SI CONTINUI, O CONTINUA EGLI MEDESIMO *per proprio utile*, la violazione del *diritto* stesso che già si era leso con la consumazione del primo reato. Tutti coloro ai quali rispondono coteste condizioni non possono dirsi meri *fautori*, nè imputarsi soltanto sul regolo del pregiudizio o effettivo o potenziale recato per loro alla punitrice giustizia. Di costoro deve farsi una classe speciale conforme alla indole del disegno criminoso, e conforme al bisogno di una più energica repressione. Questa classe speciale deve dirsi quella dei *continuatori* del delitto.

§. 322.

Ma del *favoreggiamento* formerà egli estremo la *comunicazione di volontà* col delinquente? Lo istesso atto di *favore* può porsi in essere a *preghiera del colpevole;* e può porsi in essere per impulso *spontaneo* di pietà, anche alla *insaputa* del delinquente. Dovrà questo secondo caso parificarsi al primo? Nel diritto costituito suscitano (art. 60) il dubbio le parole *aiuto prestato al delinquente.* Nel diritto costituendo parrebbe repugnante che una volontà criminosa si tenesse come *accessoria* ad altra, quando fra i due intelletti non vi è stata comunicazione di sorta. E certamente quel servo che per mal animo verso il padrone lasci l' uscio di casa aperto nella speranza che un ladro entri e rubi, in questa sua malvagità non si può dire *ausiliatore* del ladro ch' ei non ha mai veduto e col quale non ebbe mai comunicazione neppure mediata; perchè l' *ausilio* non deve considerarsi che come un' *accessione* al delitto principale. Ma tale repugnanza si dilegua nel *favoreggiamento,* il quale si considera come delitto di per sè stante. E sotto tale punto di vista sembra potersi ammettere responsabilità penale in colui che abbia disperso le tracce del delitto altrui, a fine di eludere la giustizia; quantunque ciò abbia fatto spontaneamente ed *all' insaputa* del delinquente, e senza concerto con lui. Non credo accettabile la opinione del Wolthers *(pag. 146,* §. *5)* il quale ritiene che per rendersi *fautori* di un delitto sia necessario l' intervento di un accordo posteriore alla consumazione tra l' autore o ausiliatore del male-

ficio, ed il fautore stesso: *in fautore delicti semper adesse debet aliqua cum auctore intelligentia, post delictum peractum exorta.* Riconosciuto l' *oggetto* del favoreggiamento nella giustizia che ledesi con intralciarne le operazioni, la efficienza del fatto non si modifica per l' annuenza o per la ignoranza dell' autore favorito; e il dolo speciale del favoreggiatore rimane nella sua integrità tostochè vi è la intenzione di sottrarre un delinquente alle ricerche della giustizia. La connessione è col fatto; non con la persona.

§. 323.

Male poi da altri si volle ravvisare un fautore in colui che diffonda un libello famoso già pubblicato, mentre invece costui è pur egli un vero autore di libello famoso, secondo la più esatta nozione di questo reato; che ne fa consistere la consumazione non nel vergare lo scritto infamante, ma nel diffonderlo.

§. 324.

Io non veggo poi come possa formare argomento di dubbio la limitazione che in ordine al *favoreggiamento,* non solo la scienza penale, ma la morale stessa dettò pel caso di stretti *congiunti* del delinquente. Quanto lo stretto congiunto del reo operi per salvare questo dalla pena; o sia che ciò faccia col nascondere la sua *persona,* o col distruggere le *tracce del delitto* (purchè in sè stesso non porga i caratteri speciali di altro reato) non può punirsi sotto la forma di favoreggiamento, senza condurre la legge civile ad un sacrilego antagonismo con la legge di natura.

§. 325.

È indifferente poi alla nozione del favoreggiamento la circostanza di essersi il medesimo prestato piuttosto ad un *complice* del delitto che al principale suo autore: anche il complice è un delinquente al quale non deve porgersi favore in onta della giustizia. Piuttosto può essere grave questione se il favore prestato ad un imputato (per esempio con agevolarne la fuga) rimanga un delitto anche quando colui siasi poscia chiarito innocente. Da un lato sta la lettera della legge e la osservazione che qui non si è favorito un *colpevole*. Dall' altro lato sta il principio dello interesse pubblico che la giustizia abbia libero il corso suo, e che il privato non lo attraversi anticipando i giudizi di lei.

§. 326.

Epilogando la descrizione delle varie *figure* che presentano coloro che partecipano nel delitto altrui, io vengo a questo risultato; che per la esattezza delle nozioni i condelinquenti vogliono essere distinti nelle appresso categorie:

1.° I *motori* del delitto — coloro che lo eccitarono con mera forza morale sull' animo degli esecutori: ai quali *motori* si riferiscono i *socii;* coloro cioè che avendo stretto con altri delinquenti un patto di comunanza di lucri, senza che per modo alcuno materialmente vi intervengano o vi cooperino, non hanno influito sul malefizio che per lo *impulso* dato alla volontà degli autori.

2.° Gli *ausiliatori* — coloro che materialmente concorsero scientemente agli atti *preparatorii*, o *esecutivi* del delitto, con volontà diretta al medesimo, senza però intervenire agli atti *consumativi.*

3.° Gli *autori* — coloro che personalmente intervennero nei *momenti della consumazione* del reato. I quali, ove siano in più, vogliono essere per rigorosa esattezza divisi in *coautori* e *correi,* secondochè coadiuvarono o no all' atto costitutivo della *perfezione* del delitto.

4.° I *continuatori* — coloro che cogliendo occasione da un delitto *già consumato* da altri, *continuano* in qualsivoglia guisa a ripetere la *violazione del diritto* stesso che già aveva leso il delitto consumato.

5.° I *ricettatori* — coloro cui nel puro senso romano si addice tale parola: cioè coloro che *abitualmente* prestano asilo ai delinquenti, o nascondiglio alle cose ottenute mediante misfatti.

6.° I *fautori* — coloro che senza ripetere la violazione del diritto offeso col malefizio, e senza previo concerto coi delinquenti, porgono loro dopo il delitto assistenza in qualsiasi modo, onde stornare il discoprimento o la punizione del delitto o dei delinquenti.

§. 327.

E la formula a cui cotesta classazione conduce (nel modo mio di vedere) la giustizia distributiva, svolgesi nei seguenti canoni:

1.° Che possa imputarsi alla pari dell' *autore,* il *motore* e l' *ausiliatore,* solo quando risulti che *senza il loro concorso* non si sarebbe consumato il delitto.

2.° Che tranne cotesto caso debba istituirsi una scala decrescente di imputazione, nella quale il som-

mo gradino debba occuparsi dagli *autori*. Il secondo (con proporzione ragionata sulla influenza) dai *motori* e dagli *ausiliatori* che non offrono il suddetto termine di connessione *necessaria*. Il terzo dai *continuatori*. Il quarto dai *ricettatori*. L'iufimo dai *fautori*. Ed ho così ferma convinzione della esattezza e giustizia di questo reparto di nozioni e di gradi, che nodrisco fiducia di vederlo attuato in qualche legislazione penale; non perchè a ciò io creda bastevole la mia povera voce, ma perchè la forza prepotente del vero lo porta o prima o poi a farsi luce per propria virtù.

§. 328.

A questo luogo cade opportuno l'esame di tre importanti quesiti che io pongo con le seguenti formule — 1.° Può egli ammettersi *tentativo di complicità* — 2.° Può egli ammettersi *complicità di tentativo* — 3.° Può egli ammettersi *complicità di complicità*. Questi tre quesiti assumono tutti una grande importanza nella pratica; ma se la soluzione dei due primi è facile e nitida, non è altrettanto agevole ridurre ad un precetto assoluto la soluzione del terzo.

§. 329.

Quesito 1.° — Può egli ammettersi *tentativo di complicità?* Noi rispondiamo con la comune dei Dottori (1) negativamente: e non ci sembra possibile una diversa risposta. Le ragioni della negativa sono tutte ontologiche, e per conseguenza sono le più concludenti e positive che possano desiderarsi. È *essen-*

ziale alla *complicità* che il fatto costitutivo della medesima abbia avuto una *efficienza* sul delitto principale nella cui responsabilità vuole involversi l'autore di quello. È *essenziale* al *tentativo* che il fatto al quale la nozione del tentativo vorrebbe applicarsi *non abbia avuto efficienza* bastevole a produrre il fine voluto. Queste due proposizioni apodittiche combinate insieme mostrano la repugnanza ontologica del concetto di un *tentativo di complicità*. Per concepire la idea di una complicità *tentata* bisogna formarsi la ipotesi di un complice che volendo esercitare uno influsso o morale o fisico sovra un delitto da commettersi per mano di altri, sia rimasto deluso nel suo malvagio disegno perchè non abbia potuto esercitare quello influsso: altrimenti è intuitivo che la complicità sarebbe *consumata* e non soltanto *tentata*. Ora qualunque intenzione o fatto malvagio non potendo costituire complicità punibile se non concorse efficientemente alle forze costituenti il delitto principale, egli è manifesto che la intenzione od il fatto che rimasero spogli di cotale influsso mancano della principale condizione indispensabile a costituire complicità punibile. Siasi pure tentato di farci ausiliatori od istigatori del delitto che altri andava a commettere; sia pure che questi abbia realmente consumato quel delitto; se però egli lo consumò senza che l'ausilio o la istigazione da noi tentata abbia potuto acquistare i caratteri di forza concorrente a cagionare il delitto, tutta la opera nostra rimane nella sfera delle perverse intenzioni, ma difetta lo elemento politico. Un amico mi scrisse partecipandomi i suoi dolori per le scoperte infedeltà della moglie: io risposi, istigandolo allo

uxoricidio e dandogli istruzioni sul modo di perpetrarlo: ma la mia lettera giunse alla posta quando già l' amico aveva ucciso la moglie. Di che sono io complice? Altri mi palesò il proposito di uccidere un suo nemico mediante veleno e mi pregò a procacciarglielo; io trovai il veleno e lo consegnai a quello; ma desso invece pugnalò il suo nemico. Di che sono io complice? Nè il veleno coopera al pugnalamento, nè la lettera scritta dopo l' omicidio coopera all' omicidio. Altri per ajutare un amico a rubare lo provvide di strumenti idonei a sforzare lo scrigno contenente i denari; il ladro effettivamente s' introdusse nel luogo destinato e rubò; ma trovato accidentalmente aperto lo scrigno potè rubare senza l' uso di quegli strumenti. Di che è complice il somministratore di questi? Dirà taluno che vi fu perversa intenzione; che vi furono atti esteriori; che vi fu in tali atti tutta la potenzialità di raggiungere il fine delittuoso: tutto vero: ma nella realtà del fatto la prava intenzione è rimasta un desiderio; l' atto esteriore è rimasto senza nesso col furto avvenuto; la sua potenzialità non ha fatto passaggio dallo stato di potenza allo stato di efficienza attuale. Evvi un tentativo di rendersi complice ma non un fatto punibile perchè non fu menomamente causa della lesione del diritto. La soluzione contraria sarebbe d' altronde assurda: infatti il provveditore di quelli strumenti non voleva coadiuvare il furto nel suo momento consumativo della *sottrazione* ma voleva coadiuvare lo *scasso:* ma lo scasso non avvenne e di tale qualità non può farsi debito al ladro principale. Dunque il preteso complice dovrebbe dirsi partecipe di un furto con scasso, mentre l' autore principale è

responsabile di furto semplice. Ciò porterebbe il preteso complice ad un titolo e ad una pena più grave di quella che spetta all'autor principale; lochè è assurdo. Ecco pertanto che la soluzione negativa già dimostrata bastantemente a *priori* ha la sua riprova anche argomentando a *posteriori*. Il tentativo di complicità è un mostro giuridico; l'autore di quello asceticamente è redarguibile, politicamente no.

(1) Concorda Haus *principes généraux de droit pénal* §. 375, *édit.* 1869.

§. 330.

Quesito 2.° — Può egli ammettersi complicità di tentativo? Non vedo dubbia la soluzione affermativa (1) come non vedea dubbia la negativa nella questione rovescia esaminata testè. Il tentativo è un delitto poichè la legge lo punisce come tale minacciando non solo chi lede effettivamente il diritto, ma anche chi in certe condizioni lo pone in attuale pericolo. E se al fatto costituente il tentativo concorse taluno come complice egli concorse efficacemente ad un fatto costituente delitto, e ne divide la responsabilità. Il veleno fu scientemente somministrato; il veleno fu anche propinato; ma la vittima fortuitamente sopravvisse. Se ella fosse morta per quel veleno il fabbricatore del medesimo sarebbe stato complice di veneficio consumato: come potrà egli non esser complice del veneficio tentato? L'atto di complicità fu consumato e raggiunse il suo effetto immediatamente voluto, quello cioè di porre in mano dell'autore principale lo strumento od il mezzo per consumare il delitto. Da quello istante la sorte

del complice fu indissolubilmente legata con la sorte dell'autore principale: e se la fortuna salvando la vittima salvò l' autore dalla pena del delitto consumato, questi però rimase responsabile del tentativo quando già aveva cominciato la esecuzione; cosicchè di quella fortuna gode anche il complice in quanto si trova a render conto di un delitto semplicemente tentato, ma non mai per redimerlo da ogni responsabilità.

(1) Concorda Ortolan *éléments de droit pénal* §. 1290 — Haus *principes généraux du droit pénal Belge* §. 575 *et suiv.*

§. 331.

In questa seconda soluzione bisogna peraltro avvertire che la medesima mai non deve volgersi in un senso da contradire alla soluzione del precedente quesito. Sempre devesi tener fermo che la complicità per esser tale, e come tale punibile, deve essere in sè stessa *consumata* e non semplicemente *tentata:* voglio dire bisogna che abbia avuto una efficienza reale sugli atti pei quali si tiene a calcolo l' autore principale. Non importa che questi atti guardati in loro stessi abbiano costituito soltanto un conato anzichè un delitto perfetto; ma importa che sui medesimi abbia avuto efficienza l' atto costituente complicità. La *consumazione della complicità* (notisi bene) consiste nello avere l' atto del complice esercitato influsso sull' atto che vuole imputarsi o come conato, o come reato perfetto: spieghiamoci con un esempio. Pietro voleva rubare in una casa; per introdursi dalla finestra si volse a Luigi e lo pregò gli somministrasse una scala; e Luigi scien-

temente gliela somministrò. Poi per aprire la cassa contenente il denaro che voleva rubare pregò Carlo gli fabbricasse una falsa chiave; e Carlo scientemente gliela procacciò. Pietro muove alla esecuzione: appoggia la scala di Luigi alla finestra, e s' introduce nella casa: traversa le camere; giunge alla cassa, ma quivi è sorpreso. Pietro è reo e responsabile di tentativo di furto qualificato. Luigi senza dubbio è responsabile di complicità in quel tentativo, perchè il fatto costituente il suo ausilio ebbe efficienza sul fatto costituente il tentativo dell' autore principale, cioè la introduzione mediante scalamento a fine di furto. Ma Carlo il malvagio fabbricatore della chiave non è ancora punibile come complice, perchè il fatto costituente la sua complicità non ebbe efficeinza alcuna sui fatti costituenti il tentativo punibile di Pietro; e la serie dei fatti sui quali avrebbe potuto avere efficienza il suo ausilio (apertura della cassa mediante la falsa chiave) non avevano ancora avuto principio di esecuzione, nè formano elemento della imputazione che si dirige contro Pietro. Anche qui come sul tema antecedente Carlo tentò di rendersi ausiliatore ma non ausiliò niente neppure un conato.

§. 332.

Quesito 3.° — Può egli ammettersi *complicità di complicità?* Per bene comprendere la importanza di questo quesito assai più sottile dei precedenti, e le ragioni di dubitare, stimo opportuno concretarlo mediante la configurazione di alcune delle molte ipotesi nelle quali si può verificare. *Prima ipotesi* — Pietro ha divisato di uccidere la propria moglie me-

diante veleno, ma non sapendo come procurarselo si volge al suo amico Luigi, e manifestandogli il suo truce proposito lo induce a prendersi questa cura. Luigi non è capace a preparare veleni, ma avendo amicizia con Carlo abile chimico lo persuade mediante premio a fornirgli il veleno, palesandogli che deve servire per un marito il quale vuole uccidere la moglie. Carlo prepara il veleno, lo dà a Luigi, Luigi a Pietro, il quale consuma l' uxoricidio. A Carlo vuolsi obiettare la complicità per *somministrazione di mezzi:* questa in realtà fu fatta da lui: fu efficiente al veneficio: fu fatta con piena scienza della prava destinazione. Ma Carlo risponde che non conosce Pietro neppure di persona; che non ha mai parlato nè concertato secolui, e che non può essere dichiarato suo complice per gli accordi presi con Luigi, mero complice egli stesso del veneficio, perchè non si ammette *complicità di complicità. Seconda ipotesi* — Carlo vuole istigare Pietro ad un omicidio; ma nol conosce menomamente: sa però che intimo di Pietro è Luigi, e perciò compra i favori di costui, e lo induce a farsi istigatore di Pietro. La iniqua proposta ha il suo effetto, la istigazione di Luigi vince l' animo di Pietro che si rende omicida. Si obietta a Carlo la complicità per *istigazione.* In realtà la istigazione maligna partì da lui; essa fu pur troppo causa efficiente dell' omicidio. Ma Carlo risponde avere istigato Luigi e non Pietro col quale mai non parlò, e non potersi ammettere *complicità di complicità. Terza ipotesi* — Pietro divisava commettere un furto in una casa. Viene a sapere che Carlo già domestico in quella ne è stato congedato, e concepisce la idea che costui possa fornir-

gli le istruzioni opportune senza le quali non potrebbe commettere il furto desiderato; ma egli non ha conoscenza con Carlo. Sa però che Luigi è intimo di Carlo ed a lui si volge, e ponendolo nei suoi interessi lo induce a procacciarsi quelle istruzioni da Carlo ed a lui comunicarle. Carlo dà le istruzioni richieste a Luigi, sapendo che devono servire a derubare i suoi vecchi padroni, e lieto di vendicarsi del ricevuto congedo. Mercè di quelle Pietro ha commesso il furto. Si obietta a Carlo la complicità per *istruzioni* fornite: ed in realtà le istruzioni si dettero da lui; e furono pur troppo efficienti; e si dettero dolosamente. Ma Carlo risponde che egli diede istruzione a Luigi il quale non si rese autore del furto, ma ne fu soltanto complice; ed insiste che non avendo egli mai parlato con Pietro unico autore del furto non può obiettarglisi *complicità di complicità*. Queste tre ipotesi di complicità per *somministrazione dei mezzi*, per *istigazione*, e per *istruzioni* a delinquere, tutte si rannodano al proposto quesito. Dovrà ella la respettiva soluzione essere identica o difforme; e quale sarà dessa? Il dubbio vuole essere esaminato in faccia ai *diritti costituiti* e in faccia ai principii della *scienza*.

§. 333.

In faccia ai diritti costituiti può forse dipendere la soluzione del problema dal vedere se il codice vegliante abbia dato delle diverse forme di complicità una definizione *reale* o una definizione *personale:* ciò può dar lume quando apparisca che quel diverso modo di definizione sia stato avvertitamente

preferito dal legislatore per correre innanzi a questa difficoltà. Simile concetto peraltro non so se possa sempre ritenersi come frutto di deliberato consiglio, o come effetto piuttosto di una accidentalità di locuzione. Per esempio il codice Toscano all' art. 49 let. b, dove definisce la partecipazione al delitto altrui commessa per via d' *istigazione*, usa la formula — dolosamente instigando *lo agente*. Questa definizione è *personale*, e dà occasione ad obiettare che colui il quale abbia instigato un *complice* senza niente operare direttamente sull' *autore* del delitto evada dalla nozione di questo articolo perchè non ha instigato l' autore. D' altronde questo codice considerando lo istigatore come *autore del delitto*, repugna che si punisca con la pena dell' autore chi instigò alcuno a rendersi *complice*, mentre il complice instigato è punito meno. Al contrario quel codice dà dello ausilio per *istruzione* o somministrazione di mezzi una definizione *reale* quando all'art. 55, let. b, considera come ausiliatore chi ha *indicato* o somministrato i mezzi di commettere il delitto, o indirettamente ne ha *agevolato la esecuzione*, senza niente dar cenno della *persona* sulla quale si è agito; ed anzi con la parola *indirettamente* dando solido motivo a sostenere che lo ajuto doloso ed efficiente sia ugualmente punibile tanto se prestato *immediatamente* all' autore del delitto, quanto se *mediatamente* per mezzo della persona di un complice. Se tale difformità di locuzione deve dirsi seriamente preordinata ad un difforme concetto giuridico bisogna dire che il codice Toscano risolve le tre ipotesi da me sopra proposte in un modo diverso, esigendo nel partecipe per istigazione l' azione *immediata* sull' animo dell' autore, e con-

tentandosi nello ausilio per somministrazione d'istruzione o di mezzi del concorso ancora mediato. E la diversa ragione di decidere può trovarsi in questo che lo ausiliatore essendo chiamato a render conto del suo *concorso materiale* nel fatto criminoso, la efficienza dolosa di questo fatto basta ad involverlo nella responsabilità. Laddove lo istigatore essendo chiamato a rendere conto di un concorso puramente *morale*, e precisamente della forza che ha esercitato sull' *animo* dell'autore per determinarlo a delinquere, a questa azione puramente morale così soggettivamente come oggettivamente si debba esigere lo immediato contatto delle due anime e delle due volontà.

§. 334.

Al contrario il codice Francese del 1810 dà all' art. 60 una definizione *reale* della complicità per istigazione — ivi — *ceux qui par dons, promesses, menaces, abus d' autorité ou de pouvoir, machinations, ou artifices coupables, auront provoqué à cette action, ou donné des instructions pour la commettre:* è evidente e manifesto che questa definizione è tutta *impersonale*. Ma lo stesso codice al suddetto articolo porge della complicità per *somministrazione* di mezzi una definizione tutta *personale* — ivi — *ceux qui auront, avec connaissance, aidé ou assisté l'* AUTEUR *ou les* AUTEURS *de l' action, dans les faits qui l' auront preparée ou facilitée, ou dans ceux qui l' auront consommée.* Qui la lettera della legge sembra esigere l' assistenza prestata all' *autore* e così escludere l' assistenza prestata al complice. Laonde dai giuristi Francesi si notò come specialità meri-

tevole di osservazione il giudicato della Corte di Cassazione del 23 maggio 1844 il quale decise che tanto era partecipe della responsabilità criminosa colui che aveva scientemente dato istruzioni o volontariamente istigato al delitto il suo autore agendo *direttamente* sull' animo di costui; quanto chi avesse maliziosamente indotto altri a dare all' autore siffatte istruzioni od a provocarlo a delinquere. È osservabile che quando la complicità nasce da un modo di azione puramente *psicologico* si unifica meglio che non si unifichino i fatti *materiali.*

§. 335.

Ma lasciamo i diritti costituiti che ingombrano la mente d' idee preconcette ed impacciano il filosofo nella ricerca dei principii di suprema ragione. Quali sono in faccia alla scienza pura i precetti da calcolarsi nella soluzione dei proposti problemi? Lo elemento *materiale* della complicità, ossia la sua forza fisica, concorre sempre quando l' atto che vuolsi rimproverare ebbe nella realtà delle cose uno influsso sui momenti esecutivi del delitto, cosicchè a colui che vuolsi tenere a calcolo come complice possa rimproverarsi con verità di essere stato una delle cause fisiche del malefizio. Ora questa condizione può benissimo riscontrarsi tanto in colui che prestò l' ajuto o le istruzioni immediatamente all' autore, quanto in colui che ciò fece *per alium,* mediante interposta persona. Lo elemento *morale* della complicità, ossia la sua forza *morale* soggettiva, concorre sempre quando l' atto coefficiente al delitto fu posto in essere col fine determinato di procacciarlo, o con

eccitare l' autore a commetterlo o col suggerirgliene o dargliene i mezzi: il rapporto fra le due volontà non cessa di esistere per lo *accidens* di uno intermediario il quale fa le veci della mano, della parola, o della lettera, ed obbedisce alla volontà del complice congiungendo la volontà ed il fatto di questo con la volontà ed il fatto dell' autore. Laonde anche per questo lato parrebbe non doversi distinguere.

§. 336.

Bene è vero però che a tal fine io credo necessaria una *congiunzione specifica* della volontà del complice mediato con lo autore del delitto. In mancanza della direzione *specifica* io non credo che neppure la congiunzione *immediata* bastasse a rendere complici; ma per fermo non sarebbe sufficiente a ciò la *mediata*. Non basta che il preteso complice abbia somministrato all' alleato mio il veleno, o lo scalpello, o la scala, o la falsa chiave, sapendo *in genere* che poteva servire a commettere veneficio o furto. Bisogna che egli abbia avuto *precisa scienza* del furto, o del veneficio che si voleva commettere. Senza ciò potrà ravvisarsi un atto pravo e nocevole, e degno così di essere represso come fatto *sui generis*, ma non si potrà dire che fra il delitto consumato e l' operato del preteso complice sia interceduto quel *nesso ideologico* che è indispensabile a costituire la complicità. Checchè possa dirsi in tema di ricettazione dove non si obietta una forza *causante*, in tema di vera e propria complicità radicata sul principio di essere stati causa influente e volontaria del delitto non parmi che la *volontarietà*

possa rigorosamente affermarsi in colui che *ignorava* il fatto specifico che si andava a compiere. Può il garzone del fabbro ferrajo essere complice della fabbricazione di grimaldelli senza essere partecipe del furto, del quale è vero complice il fabbro perchè conosce la destinazione di quell' arnese.

§. 337.

Ecco qual è la dottrina del Kessenich (*Dissertation de la complicité vol. 2, §. 23, pag. 52*). *La réflexion suivante convaincra bientôt qu' il n' y a point de complice du complice, car; Ou (— A). Le complice du véritable complice a su que l' action ou omission de ce véritable complice tendait à contribuer à un crime, pour lors le complice du véritable complice devient lui même véritable complice. Ou (— B). Le complice du véritable complice n' a point su que l' action ou l' omission de ce véritable complice tendait à contribuer à un crime alors distinguez. Ou (— a). L' action ou l' omission du véritable complice était déjà criminelle en soi; pour lors le complice du véritable complice encourt la peine déterminée pour un complice de cette action ou omission. Ou (— b). L' action ou l' omission du véritable complice n' était criminelle que par son but, pour lors il n' y a point de complice du véritable complice.*

CASI ANOMALI

Modificazioni *delle* regole ordinarie *della complicità.*

§. 338.

Avremmo così esaurito la teorica della *complicità,* se noi dovessimo limitare gli studi nostri soltanto ai casi ordinarii. Ma nel dettare fin qui le norme della imputazione pei diversi casi e pei diversi gradi di *complicità,* abbiamo proceduto sempre su tre supposti: — 1.° *coerenza* perseverante delle *volontà* tra loro — 2.° *coerenza* dell' *azione* con la volontà — 3.° *coerenza* della *personale posizione* giuridica dei partecipanti. Ora quei presupposti equilibrii possono nei casi speciali sparire; ed allora dal disequilibrio nascono impropriazioni che modificano le regole fin qui stabilite. Bisogna dunque dimorare ancora su questa teorica, per esaminare le resultanze di tali possibili varietà.

§. 339.

1.° *Coerenza perseverante delle volontà.* La *coerenza* delle volontà deve necessariamente avere in un momento esistito perchè si abbia *complicità.* Se il consenso nell' *idem placitum* criminoso non è mai sorto, è assurdo immaginare connessione: il vincolo del comune volere è l' anello che lega i partecipi di un delitto. Se il socio, o il mandatario *non accettò* la rea proposta, si avrà una nuda *proposizione*

a delinquere, punibile *in gravioribus* come *fatto isolato* (codice penale Toscano art. 54), ma non con la ragione della *complicità*. Ciò è da notarsi pel caso in cui il *recusante* abbia poscia consumato il delitto, cui si era dapprima negato. Anche in questo caso la mancanza dell'accordo esclude la *complicità;* e sorge la presunzione che il recusante abbia agito *per proprio conto*. Anche qui la *proposizione a delinquere* sarà punibile come *fatto isolato, occasionale* tutto al più del delitto seguito: mai come complicità.

§. 340.

Ma il dubbio nasce quando il *momento dell' accordo* vi fu, nel quale per conseguenza si avrebbe il *fondamento della complicità*; e poscia avvenne un *cambiamento* in una delle due *volontà* precedentemente *concordi*. Nasce il dubbio se e come siffatto *cambiamento* modifichi le regole della respettiva imputabilità. Ciò si avvera tutte le volte che l'uno o l'altro dei partecipanti varii consiglio e si penta. Qual sarà egli l'effetto di tale pentimento? Ecco lo scopo di questa prima ispezione.

§. 341.

I casi evidentemente sono due: o si è pentito l'autore principale; o si è pentito il suo complice. Se si pentì l'autore principale (cioè colui che doveva *eseguire* la *consumazione*) il suo pentimento non può non avere modificato l'azione prevista; ed i principii sono ovvii.

§. 342.

O costui si pentì prima di devenire a nissun atto di esecuzione; e il suo pentimento giova al socio, giova al consigliere, giova al mandante, in questo senso che non esistendo atto esecutivo politicamente imputabile, quelli non rimangono debitori che del nudo mandato, del nudo consiglio, o della nuda associazione, isolatamente considerati; se e per quanto siano politicamente imputabili come fatti criminosi di per sè stanti.

§. 343.

Se poi l' autore principale si pentì dopo che già aveva per la esecuzione del delitto posto in essere atti che costituirono *tentativo*, un tentativo (1) a delinquere avrà esistito; sul quale potrà radicarsi e misurarsi la imputazione. Ma tale imputazione sparirà per l' autore principale che tempestivamente si pentì, perchè lo arrestamento dell' azione criminosa rimpetto a lui derivò da causa *volontaria*, secondo quello che a suo luogo vedemmo. In quanto poi al socio, all' ausiliatore, al mandante, quel pentimento dell' autore principale è *causa estranea alla loro volontà*, e puramente *casuale*. Cosicchè il pentimento dell' autore principale gioverà loro per evitare la pena del delitto *consumato*, come avrebbe loro giovato altro *fortuito* che ciò avesse occasionato; ma non evaderanno la pena del *tentativo*.

(1) Io non comprendo la ipotesi che ho testè letto formulata in un recente lavoro d' illustre giureconsulto italiano.

Trovo proposta la ipotesi di un *omicidio* MANCATO *rimasto tale per pentimento*. Confesso che sembrandomi impossibile codesto concetto vorrei attribuirlo ad un lasso di penna. Se è di essenza dell' *omicidio mancato* — 1.° l' *esaurimento di tutti gli atti necessarii* a consumare l' uccisione — 2.° la *perseverante volontà* del colpevole fino all' ultimo atto di esecuzione inclusive, a me sembra affatto inconcepibile cotesta ipotesi.

§. 344.

Se poi il pentimento non si verifica nell' autore principale, ma sibbene nel socio, nel consigliere, nel mandante, o nello ausiliatore, il caso si complica. Dopo dato il consiglio *efficace*, il consigliere si è pentito; dopo preparato il veleno, l' ausiliatore ha sentito ribrezzo del delitto al quale aveva troppo velocemente fornito i mezzi; dopo emesso il mandato il mandante lo ha revocato. Ma questi pentimenti non hanno arrestato l' autore principale; il quale ha percorso tutti li stadj del delitto prestabilito. In tutte queste ipotesi la scienza detta apposite regole che variano secondo le circostanze.

§. 345.

Se quel pentimento è rimasto *ignorato* all' autore principale, la responsabilità del mandante, del complice, o del consigliere rimarrà evidentemente l' istessa: da loro ebbe un impulso il delitto quando lo vollero; e quando poi lo disvollero non furono in tempo a rattenere i tristi effetti del dato impulso. Un pentimento che non giovò ad impedire il delitto non può cancellare lo impulso da loro dato al me-

desimo; e ne rimangono pienamente responsabili in faccia alla legge civile.

§. 346.

Ma se l'autore principale conobbe in tempo quel pentimento, e non ostante procedè oltre; allora subentra in teoria una distinzione ulteriore. Bisogna guardare se il concorso del complice pentito servì o no a *facilitare*, o fu *impulso* determinante il delitto. Se non ebbe *efficienza* sul delitto, l'autore principale procedè oltre per conto proprio ed a tutto suo rischio; nè gli altri sono partecipi o responsabili della sua tenacità criminosa. Ma se quel concorso dei pentiti servì a facilitare il delitto, se il *consigliere* aveva dato *istruzioni* indispensabili a consumare il misfatto, o *eccitato* la *causa a delinquere* nell'autore, o l'*ausiliatore* aveva procurato l'occorrente a compirlo; che costoro poscia si pentano, e manifestino in tempo utile all'autore principale il loro pentimento, non basta: perchè superstiti alla malvagia volontà in loro cessata rimangono li effetti perniciosi di tale volontà. Essi nell'ordine dei fatti rimangono sempre *cause* del maleficio. Bisognerà dunque, se vogliono cancellare il mal fatto, che costoro non si limitino a pentirsi e manifestare la loro variazione; ma con tutte loro forze si adoperino ad impedire quel delitto, che se avviene è conseguenza del precedente loro operato. Ecco la differenza che intercede fra il caso dell'*ausiliatore* o dello *istruente*, e il caso ordinario del *mandante*, o del *socio*. Questi non avevano posto in essere che un *patto criminoso*, e quando lo hanno disciolto tem-

pestivamente col contrario volere, corra pur oltre l' autore principale nella via del delitto, egli è *per presunzione* svincolato da loro. Non resta per loro che lo addebito di quel primo patto, sia egli *mandato*, o sia *società;* il quale può unicamente nei congrui casi punirsi come delitto di per sè stante.

§. 347.

Ma gli altri sono in posizione più trista, perchè la *facilitazione* o lo *impulso* dato da loro al delitto non è un fatto retrattabile, come il *consenso* dato a un contratto. E se il delitto avviene, avviene sempre come seguito di un fatto partito da loro; fatto irretrattabile: che quando ebbe vita, si indirizzò da loro precisamente al delitto. Scorgesi da ciò che rispetto alla utilità del proprio pentimento è a condizione migliore il pretto *mandante*, di quello nol sia in certi casi il *consigliero*.

§. 348.

2.° *Coerenza dell' azione con la volontà.* Lo equilibrio pel lato dell' *azione* può essere distrutto così quando l' *azione* rimase *indietro* al *volere*, come quando lo *soverchiò*. Se l' *azione* rimase *indietro* alla *volontà* dei delinquenti siamo nelle regole del *conato;* e facile è lo scioglimento dei varii casi. Se l' *azione* andò *oltre* alla *volontà* dei partecipanti, siamo nei termini dello *eccesso:* ed è a vedersi se di tale eccesso siano responsabili i *delinquenti accessorii* che non lo previdero. Anche questa ricerca, come quella della *revoca*, non vuole essere isti-

tuita con veduta speciale al *mandante*. No. La questione tiene a principii più generali; e può sorgere con tutto il suo interesse rispetto a qualunque caso di *complicità*. Non solo può un *mandante* aver commesso di percuotere, ed il *mandatario* avere ucciso: può ugualmente il *consigliero* aver insinuato di ferire, e l' altro avere ucciso; può il *socio* avere concertato che si ferisse, e l' altro avere ucciso; può l' *ausiliatore* aver pòrto i mezzi per raggiungere una data persona, nello intendimento che a lei si recassero sole lesioni, e gli altri averla uccisa. La questione dello *eccesso* vuol dunque esser posta in termini generali.

§. 349.

Ora la questione dello *eccesso* si risolve combinando ciò che più in alto dicemmo in ordine al *primo caso*, coi principii generali della scienza. È vero che la *complicità* senza concorso di *volontà* non può aversi neppure ove sia concorso di *azione;* e molto meno potrà aversi dove manchi anche questo. Ma la volontà non sempre è necessario si porti esplicitamente sullo *eccesso*, per renderne responsabile. La politica vuole che anche nelle materie penali corra entro certi confini il principio, che chi volle i *mezzi* si ritiene aver voluto il *fine*. Sarà una responsabilità di grado minore, nè potrà immaginarsi dolo di deliberazione rispetto a cotesto *eccesso*. Si sarà (a modo di esempio) voluto con *premeditazione* un *ferimento* e si sarà *cagionato un omicidio senza premeditarlo* (1). Ma pure una responsabilità vi sarà senza dubbio, perchè non può ammettersi che chi volle un fatto da cui poteva na-

scere con facilità un effetto gravissimo, si discarichi dal rispondere di tale effetto col solo dire, io non lo voleva. Ciò che differenzia il tema dello *eccesso* da quello esaminato nella *seconda figura del primo caso,* si è la possibile prevedibilità delle diverse conseguenze. Colui che credeva ajutare un ladro a rubare, non poteva prevedere che invece il compagno intendesse a *delitto diverso;* quindi nel tema di delitto di *genere diverso,* la irresponsabilità procede come regola assoluta. Ma quando si parla di *eccesso,* si corre sull' *istesso genere* di *delitto:* ed in questi termini la prevedibilità dell' effetto più grave porta ragione di distinguere.

(1) Ricorre qui ciò che ho osservato di sopra sulle disparità individuali del *dolo:* §. 206 e segg. Punire come reo di *omicidio premeditato* il mandante che *ordinò di non uccidere,* è un accozzo sì strano che ecciterebbe il riso se non si pensasse che in tal guisa si giocano le teste degli uomini!

§. 350.

Quindi è savissimo su tal proposito il criterio suggerito dal C a r m i g n a n i, che volle si distinguesse fra *eccesso nel fine,* ed eccesso nei *mezzi:* lo eccesso nei *mezzi* si ha quando mandatario, socio o compagno, usino *mezzi diversi* da quelli ordinati dal mandante, suggeriti dal socio, concertati col compagno: per esempio, si diede l' ordine di bastonare; e lo esecutore si valse invece di stile; o uno dei compagni, gittato durante la mischia il bastone, si valse di coltello, ed uccise. Sicuramente non potrà dirsi che il mandante, il socio, l' ausilia-

tore anche *presente*, siano responsabili di questa uccisione. Il *variato mezzo* estrania il fatto dell'omicida dalla loro volontà, e l'omicidio tutto ricade su chi *volle a solo* adoperare ed a *solo adoperò i mezzi* che lo cagionarono. Si ha poi *eccesso* nel *fine* quando sono stati adoperati quei precisi *mezzi* che erano ordinati, o concertati. Per esempio, nei casi figurati testè, non è stato lo stile che ha dato morte, ma sibbene il bastone: cioè quel *mezzo* cui consentirono i compagni; quel *mezzo* che prescrisse il mandante, sebbene con intenzioni più miti. Ed ecco che la volontà caduta sui *mezzi* basta a rendere responsabili anco delle conseguenze su cui la volontà stessa non si era esplicitamente portata.

§. 351.

Ma anche questa responsabilità dello *eccesso* nel *fine* corre senza difficoltà quando lo *eccesso* stesso consequenziale ai mezzi voluti è attribuibile a *caso* o *mera colpa* dello esecutore: manca però se lo eccesso nacque da *dolo* di lui, che abbia per malvagità, o per suoi *fini particolari* (1), appositamente trasceso oltre il concertato e preveduto coi suoi alleati. Allora lo effetto più grave trova una *causa morale* sufficiente nella stessa sua *causa fisica;* e qui può fermarsene la imputazione. E dissi da *caso,* senza arrestarmi alla critica che il sommo Giuliani mosse contro Carmignani per avere insegnato cotesta verità, quasichè questi avesse contro i principii della scienza immaginato un *caso fortuito imputabile.* La critica si dilegua tostochè si rammenti essere anche il *caso* imputabile quando

procede da chi *versa in cosa illecita:* e qui siamo nei termini.

(1) Questa limitazione comunemente accettata, non è che la recognizione del principio (per me inconcusso, universale, e costante) della *non comunicazione* del dolo individuale.

§. 352.

Del resto questa teorica dello *eccesso* (costruita dal Carmignani, elogiata da Romagnosi e dalla comune dei criminalisti dipoi) non urta con la teorica della *intenzione criminosamente distinta:* ma anzi si coordina con la medesima; ed il tutto si riassume e si epiloga con le seguenti distinzioni.

§. 353.

La *intenzione* di due colpevoli può trovarsi *criminosamente distinta,* o nelle sue condizioni *soggettive,* o nei suoi rapporti *oggettivi.* È *distinta* nelle sue condizioni *soggettive,* quando nell' uno ricorra il dolo di proposito, e nell' altro no; nell' uno l'impeto, la ebbrezza, lo errore, nell' altro no. E in questi termini ognuno dev' essere giudicato sulla misura del suo dolo particolare. È *distinta* nei suoi rapporti *oggettivi* quando la volontà dell' uno tende ad un *fine,* e quella dell' altro ad un *fine diverso;* oppure il fatto dell' altro ha cagionato un *effetto diverso.* E qui nasce la suddistinzione. Se l' effetto non previsto fu un delitto di *genere distinto* da quello che si rappresentava dal fine voluto dal partecipe, l' autore del fatto ne corrisponde a solo. Diedi mandato

di rapire una donzella, o diedi mano cooperatrice al suo rapimento; uno dei rapitori colta quella occasione s' invaghì del monile di lei e la derubò; io non sono responsabile del furto quantunque materialmente la opera mia possa averlo facilitato. Se invece lo effetto non voluto fu un *delitto congenere* a quello voluto, nasce allora la utilità della suddistinzione esposta testè dell' eccesso nei mezzi ed eccesso nel fine. Diedi mandato di rapire la donzella; e i manigoldi le cinsero il collo di un laccio, per cui restò strangolata: io non sono responsabile dell' omicidio. Diedi mandato di rapire la donzella, ed ordinai che se le stringesse il collo perchè non si udissero le grida: io sono responsabile del soffocamento avvenuto perchè fu conseguenza prevedibile dei *mezzi* voluti da me.

§. 354.

Vi è differenza tra il tenere responsabile un delinquente degli *effetti materiali* che avvennero al di là delle sue previsioni, ed il tenerlo responsabile dello *stato di animo* del suo compagno. Nello effetto materiale più grave si configura la lesione di un *diritto ulteriore* che ha bisogno di una speciale protezione: e quando fu con facilità prevedibile, perchè conseguenza dei *mezzi voluti,* è giusto portarne la responsabilità a carico di chi ne fu causa, quantunque preterintenzionale. Lo *stato di animo* del delinquente non configura una ulteriore violazione di diritto, ma una *forma* della identica violazione; della qual forma non può pesare la responsabilità se non sopra quello solo che in sè (cioè nelle condizioni dell' animo suo) la presenta.

§. 355.

3.° *Coerenza nella posizione giuridica delle persone.* Le regole stabilite in materia di *complicità*, sia che portino a dare al complice imputazione *minore*, sia che portino a dargliela *uguale* all'autore principale, presuppongono che tutti i concorrenti al delitto non abbiano *qualità eccezionali* nella loro persona. Se alcuno di loro ha nella sua persona una *qualità* che porta ad *aumentare* o *diminuire* la sua imputazione, è certa la regola generale: che di questo aggravio o di questo benefizio non debbano partecipare i compagni. Così la *recidiva*, la qualità di *forestiero*, od altre che portino *aggravio* di pena: così la *imbecillità*, la *ubriachezza*, la *minorennità*, od altro simile che porti *scusa;* quando concorrano per uno e per gli altri no, alterano la responsabilità di quello, e lasciano intatta la imputazione di questi: e così nasce un disequilibrio tutto accidentale nelle proporzioni ordinarie della imputazione. La cosa fin qui non incontra dubbiezza.

§. 356.

Ma vi sono dei casi nei quali le *qualità personali* influiscono sul *titolo* del reato. E su questo emergente sorge grave disputa fra gli scrittori. Di regola le *qualità aggravanti* che derivano dalle *circostanze materiali del fatto* sono *comuni* a tutti coloro che al fatto parteciparono; sempre però subordinatamente alle norme o della *precognizione*, o dello *eccesso*, già da me descritte. Così sono tenuti di furto

violento, o di furto con *scasso*, anche coloro che non usarono *violenze*, o non operarono la *effrazione*, purchè però avessero scienza del concorso delle medesime nel momento in cui agivano e malgrado ciò persistessero ad agire: ciò è ben naturale, perchè quelle circostanze aggravanti furono *mezzo* al delitto che da tutti si conobbe e si volle, ed è una mera accidentalità che le medesime si compiessero dalla mano dell' uno o dell' altro.

§. 357.

Quando però le aggravanti non nascono da una circostanza materiale del *fatto*, ma da una *speciale qualità* di qualche *persona* (come il *parricidio* trae la sua aggravante dalla qualità di *figlio* nell' uccisore, il *famulato* trae la sua aggravante dalla *domesticità* del ladro) che dovrà dirsi? Il complice non *figlio*, e non *servo*, sarà egli partecipe di quell' *aggravio* che nasce dalla qualità di *figlio*, o di *servo*, nell' autore principale? Delicata è la questione.

§. 358.

Alcuni hanno guardato al *nome:* e dalla osservazione che un delitto perchè consumato da una data persona cambia il *nome*, ne hanno dedotto cambiarsi il *titolo*, e negato potersi annettere due *titoli* diversi allo stesso misfatto. I complici che conobbero le condizioni *personali* del loro compagno, consentirono a prender parte in un delitto cui conoscevano che, pel concorso di quell' uno, la legge imprimeva caratteri più odiosi; e devono portarne la

conseguenze. Così secondo tale dottrina i congiurati che uccisero Cesare sariano stati tutti colpevoli di parricidio, perchè Bruto era figlio del dittatore.

§. 359.

La giurisprudenza di Francia si è mantenuta costante in questo senso rigoroso, dopo la decisione della Corte di Cassazione proferita nello interesse della legge il 3 decembre 1812 fino alla decisione del 24 marzo 1853. Fra i recentissimi si sostiene codesta opinione da Blanche *(deuxième étude pratique sur le code pénal, Paris 1864)* il quale peraltro risolve la questione ponendola in un modo che non mi sembra del tutto esatto. Egli dice che il titolo di *parricidio* emerge dalle *qualità personali dell' ucciso,* e di qui ne conclude che l' aggravante è inerente al *fatto;* e perciò comune a tutti coloro che parteciparono al fatto. L'argomento non avrebbe replica, se veramente l' aggravante nascesse dalla qualità inerente alla persona dell' ucciso in modo *assoluto:* come (per esempio) la qualità di sacerdote, di bambino recentemente nato, e simili. Ma la qualità di *padre* non è che *relativa.* In faccia ad uno dei partecipi esiste: in faccia ad un altro no. Dunque essa si congiunge al fatto dell' uno, e non si congiunge al fatto dell' altro. E di qui nasce la ragione di dubitare, la quale non si risolve con la formula di Blanche (1).

(1) Parmi che questo controverso problema possa ricevere un lume dottrinale da una *analogia.* È noto che quando vigeva tuttora il titolo di *lesa maestà*, tutti gli scrittori in-

segnavano (ed era massima generalmente ricevuta) che il titolo speciale di lesa maestà richiedesse fra gli altri estremi essenziali quello della *sudditanza* nel delinquente. Or bene: cosa s'insegnava e cosa si decideva nel caso che uno *straniero* avesse partecipato ad una congiura ordita da una mano di sudditi contro il proprio Sovrano? Abbiamo qui una teorica completa sanzionata dalla sapienza dei nostri maggiori. E la teorica presenta la più perfetta analogia: perchè com'è *relativa* la qualità di padre rispetto al figlio, è *relativa* la qualità di Principe rispetto al suddito. La soluzione di un caso non può essere differente dalla soluzione dell'altro. L'obietto della individuità del titolo (che è l'unico fondamento della dottrina della comunicazione) è identico così nell'una come nell'altra fattispecie.

§. 360.

Altri invece hanno guardato la questione sotto il punto di vista della *violazione del dovere*. Quel complice che non è *figlio* o *servo* (hanno essi detto) non ha violato il sacro vincolo di natura, o rotta la fede e l'ossequio dovuto al padrone: dunque sono meno rei, e devono essere meno puniti. È però vero che quando la qualità che modifica il *titolo* si riscontra nell'*autore* fisico del delitto, presenta una certa repugnanza il lasciarla inoperosa rispetto ai complici. Sia pure che *quanto a loro* non esista *violazione* di quello speciale *dovere* che lega l'autore principale. Essi hanno però consentito e concorso a quella *violazione di dovere,* con *scienza* (ciò si suppone) che il *dovere* stesso andava a *violarsi.* Questa osservazione condurrebbe a dubitare della dottrina più mite. Ma dall'altro lato è vero altresì che altrettanto repugna si punisca più severamente alcuno perchè è

complice di altri, di quello non si punirebbe se fosse egli stesso l' autore principale: e questa osservazione alla sua volta conduce a dubitare della opinione più rigida; ed essa fa grande forza sull' animo mio.

§. 361.

La opinione dei primi sembra più strettamente legale: essa fu seguitata da Carmignani; abbracciata da Giuliani: virilmente sostenuta da Rauter *(traité de droit criminel* §. *119)* e dall' insigne Molinier *(Revue critique vol. 13, pag. 86)*. La opinione dei secondi è più umana: Armellini la sostenne in tema di fratricidio: Cremani, Roberti, e Rossi in tema di parricidio; e prima di quest' ultimo in Francia l' avevano sostenuta Carnot *(instr. 2, 574)* e Legraverend *(1, 133)*; e dopo lui Boitard *(cod. pénal. pag. 294)* Chauveau *(chap. 11)* e nel Belgio Hoorebeck *(complicité pag. 208)*, e in Spagna Pacecho *(estudios de derecho penal pag. 178)*. E si avvalora in questi termini della opinione di altri insigni criminalisti; e di quella (fra i più recenti) del chiarissimo Professore Tolomei nel suo diritto penale; *Padova 1863, pag. 218.*

§. 362.

La formula che più mi sembra adatta a risolvere questo punto di controversia è quella modernamente usata da Trebutien. La *complicità,* egli dice, non può essere che *reale.* La formula è piena di senso. Ciò significa che il *complice* è un *accessorio*

al *fatto;* non alla *persona* dell' autore principale. Se il *fatto* è delitto, ancorchè l' autore principale non sia imputabile, può esserlo il complice. Se al *fatto* risponde un grado di imputabilità come dieci (abbenchè l' autore principale per condizioni inerenti alla sua persona non sia imputabile che come cinque, o lo sia come quindici) la imputabilità del complice si misurerà sul tipo dei dieci rispondenti al *fatto;* salvo a modificare in più o meno cotesta quantità per le condizioni personali del complice. Fra la *persona* dell' autore principale e quella del complice non vi è nesso alcuno sotto il punto di vista della respettiva imputabilità. Il nesso si dell'uno come dell'altro è col *fatto* violatore della legge: e sulla scorta di questo solo rapporto si deve istituire il calcolo e determinare la misura della respettiva responsabilità. Ma nella applicazione di cotesta formula, Trebutien (influenzato dalla giurisprudenza francese) corre sopra una linea fallace, quando la *realità* diversa del *fatto* desume dal variare del *nome.* Se l' omicidio, egli dice, diviene *parricidio,* e il *furto* diviene *famulato,* perchè l' autore del primo è un figlio, e l' autore del secondo un servo, è sempre per un nesso *reale* che i complici si terranno respettivamente debitori di *parricidio,* e di *famulato.* Così secondo lui, il *nome* variato *varia la cosa.* In tal guisa si viene ad identificare la *realità* col *nome,* ed il *nome* con la *realità:* cosicchè se alla scuola fosse piaciuto o piacesse ad un legislatore di creare un *nome* distinto per i delitti commessi dai recidivi o dai forestieri la qualità di forestiero o recidivo nell' *autore* del delitto venendo a far sorgere un titolo nominatamente distinto si dovrebbe dire

una *realità*. Lo essere o no la premeditazione una realità dipenderebbe dalle eventualità del linguaggio. In Francia dove piacque dare il titolo di assassinio all' omicidio premeditato, la premeditazione sarebbe reale: altrove perchè il nome di assassinio si riserba al suo vero caso, e l' omicidio premeditato rimane sotto il titolo di omicidio, siffatta qualità resterebbe una qualifica *personale*. Io mi permetto di dubitare di questo modo di definire la *realità*

§. 363.

Il *nome* è un' accidentalità derivata dalla fantasia dei dottori, e che poteva anche non essere; poichè troppe sono le circostanze aggravanti di un delitto che non ne variano il *nome*. La *realità* del fatto criminoso non sta dunque nel *nome* attribuitogli dai criminalisti: sta nelle condizioni *materiali* che costituirono l' *azione;* sta nelle risultanze, ossia nell' *effetto dannoso* che rappresenta la violazione della legge. Se al *terzo furto* avessero le scuole attribuito un *nome* speciale, ne avverrebbe egli da ciò che la condizione di recidivanza nell' autore principale fosse una qualità *reale?* E quando una legislazione (per esempio la Toscana, come verrò notando fra poco) abbia soppresso il *nome* di *parricidio*, è intuitivo che si dilegua la ragione desunta dal *nome*. Cosicchè le condizioni *intrinseche* sarebbero un nulla secondo questo criterio desunto dal *nome*.

§. 364.

Per avere la *realità* è necessario che la circostanza aggravante costituisca un momento *fisico* della

esecuzione del reato. Io lodo pertanto la formula dell' insigne professore di Rennes; ma non mi persuado dell' applicazione che egli ne fa al caso del parricidio. La teorica della *realità* si adatta benissimo alla fattispecie del privato che si renda complice del notaro il quale abusando di sue funzioni commette un falso in pubblico documento: Cassazione di Francia 13 aprile 1821. Si adatta al complice del medico che abusando dell' arte sua abbia procurato l' aborto: Cassazione 16 giugno 1865. Ma non ne ricorrono, a mio parere, gli esatti termini quando vuolsi applicare ad un *rapporto personale* che niente influì materialmente sulla esecuzione, o facilitazione del misfatto, e che (per dirlo con la nostra formula) non rappresentò nessuna funzione nella *forza fisica* del malefizio; e soltanto se ne tiene conto per lo aumento che presenta nella *forza morale* soggettiva od oggettiva.

§. 365.

La mia mente ondeggia (lo confesso) in questa grave questione. Pure inclinerei verso la opinione più mite nei casi in cui la *qualità personale* porti semplice *aggravamento* al delitto, senza curare del cambiamento di *nome*, come nel parricidio e nel fratricidio.

§. 366.

Due casi per altro, forza è che conducano alla comunicazione: — 1.° Il caso in cui la *qualità personale* dà la *essenza* al maleficio — 2.° Il caso in cui la *qualità personale* servì di *mezzo* al delitto.

§. 367.

1.° La *qualità personale* dà la essenza al delitto nella *deserzione,* nello *incesto,* nell' *adulterio,* nella *bancarotta;* che senza la condizione di *soldato,* di *congiunto,* di *coniugato,* o di *negoziante* nell' autore principale, si ridurrebbero a lecito esercizio della propria libertà nel primo caso; a semplice fornicazione non imputabile politicamente negli altri due casi; o ad una mera fraude civile nel quarto. Esonerare in queste fattispecie i complici dalle conseguenze delle *qualità personali* dell' autore, sarebbe l' istesso che accordare loro la impunità: e questo è assurdo. Del pari quando la *qualità personale* nel caso inverso *toglie la essenza* al delitto, come nel caso del *marito* che abbia avuto concubito con la propria moglie, non può essere punito neppur il partecipe. Questo punto mi sembra chiaro (1).

(1) Alla interessante ricerca sulla influenza delle *qualità personali* di un partecipe sulla imputazione dell' altro partecipe fa capo la elegante questione proposta dal Pileo *(quaestiones aureae* 134) e riprodotta dall' Harpprecht *(dis.* 67, *n.* 86, 87). Tizio vedendo un gregge di pecore a pascolare in un campo, ha chiamato Cajo; e lo ha persuaso a rubarne una e venderla a benefizio comune. Cajo ha equivocato nella indicazione del campo. È andato in altro luogo ove pascevano le pecore dello stesso Tizio: ne ha involata una, e l' ha venduta. Dimandasi *quid juris* così in faccia a Tizio, come in faccia a Cajo. Cajo è egli *autore* di furto, poichè ha agito per *ordine* del *proprietario* della cosa che si pretende rubata? Può dirsi che vi sia l' *ordine* o *consenso* del proprietario, mentre questi non voleva che si involasse

la cosa sua? Vi è un *tentativo* rimasto tale per l'accidentalità dell' *errore* caduto nell' atto consumativo? Tizio è reo di istigazione a delinquere, o di accordo criminoso, oppure anche di *tentativo di furto?* Nel caso di un pubblico ufficiale che si renda complice del privato che commette un falso in documento pubblico, si è dubitato se nel crimine ricorresse l' aggravante derivata dalla persona del pubblico ufficiale, sicchè questi dovesse punirsi più gravemente. È stato deciso che no dalla Cassazione di Francia (23 marzo 1827) ed è stato deciso benissimo. Ma non era questione di *complicità*, o di *comunicazione* di qualità personali. Era questione di *essenza* di reato. Il reato di falso si qualifica dall' *abuso del pubblico ufficio*. Quando tale abuso non è intervenuto nel malefizio perchè il privato falsificò coi soli mezzi privati, il falso qualificato *non è nato:* gli manca la condizione *essenziale* della qualifica. Ma se per una necessità del fatto l' *abuso dell' ufficio* v' intervenne, perchè senza il notaro assenziente non si poteva falsificare il documento, non sarebbe essa giudaica la stessa soluzione? L' abuso del pubblico ufficio, nel quale sta la razionalità dell' aggravante, vi è forse meno nel falso, perchè il notaro somministrando dolosamente i protocolli, e le impronte necessarie al delitto, ha fatto eseguire materialmente le alterazioni da un' altra mano, che ha creduto più abile della sua?

§. 368.

2.° Se poi la *qualità personale* di uno dei partecipi servi di *mezzo* al delitto, come ciò avviene nel *peculato* e nel *famulato*, l' aggravante che nasca da cotesta *qualità personale* va a compenetrarsi in certa guisa col *fatto*, al pari della scalata o dello scasso. Essa diviene una *realità* nel rigoroso senso ontologico, perchè non essendosi potuto commettere quel delitto senza l' intervento della persona in cui con-

correva la qualità che lo rende più odioso, la qualità stessa ha servito di *strumento* alla esecuzione. Essa è intervenuta come elemento della forza fisica del reato. Laonde in coteste speciali condizioni la qualità *personale* assumendo carattere di *realità*, deve rendersi influente sulla sorte di tutti i partecipi che scientemente godettero i benefizi della medesima. Estremo del *famulato* si è che il ladro, oltre al prestare servigio continuo e salariato, abbia inoltre commesso il furto *abusando della comodità del servigio.* Rimpetto a questa nozione del furto domestico, è impossibile negare che la condizione di *servo* nell'autore del furto abbia una vera *realità;* se il servigio fu mezzo, la qualità di servo fu mezzo essa pure. La qualità di servo sarà *personale*, ma la *efficienza* della *comodità del servigio* sul fatto è *reale.* Bene dunque la Corte di Cassazione di Firenze con due giudicati (17 febbraio 1855, e 28 aprile 1860) si attenne alla opinione più severa nei termini di domesticità: perchè appo noi è di *essenza* del famulato che il servigio sia stato *mezzo* al furto. Ma tale sentenza tornerebbe ad essere disputabile in una legislazione che aggravasse la pena al servo anche quando la domesticità *non fosse mezzo* al furto, ed in quei casi nei quali di fatto il servigio non fosse stato menomamente *occasione* a rubare; sicchè nella *condizione* dell' autore non si avesse nessun carattere di *realità.* Allora lo aggravamento avrebbe tutta la sua radice nell'odio contro la violazione del dovere anzichè nel calcolo del maggiore pericolo o dei momenti materialmente serviti alla esecuzione. E per fermo dalle decisioni suddette male se ne argomenterebbe una soluzione generale del problema

in senso scientifico; e molto meno una conclusione identica nel tema di parricidio, nel quale la *realità* della condizione di figlio è assai difficile a concepirsi.

§. 369.

Non posso lasciare peraltro questo argomento senza svolgere un cenno che ho dato di sopra, e mostrare come assuma *diversa forma* giuridica la questione gravissima della comunicazione delle *qualità personali* di uno dei partecipi nell'omicidio. Ciò nasce da questo, che il diritto costituito, là dove si propone codesto problema, può procedere con doppio e distinto metodo; cioè:

1.° Può dare al delitto un *nome speciale* per cagione dell' intervento di una *data persona* (il figlio dell' ucciso) nel delitto.

2.° Può non mutare il *nome* del delitto, e non aggravarne la pena: ma soltanto dettare speciali disposizioni in odio di quella persona in cui ricorre una certa qualità.

§. 370.

La divergenza degli effetti di questi due metodi possibili è irrecusabile: e la medesima non solo refluisce sulla soluzione del problema, ma risale eziandio alla radice degli argomenti coi quali si vuole sciogliere. Bisogna dunque che il problema stesso si riassuma nettamente sotto entrambo gli aspetti, onde concretare senza equivoco la formula del quesito in un caso, e la formula del quesito nell' altro caso; sicchè possano l'uno e l'altro discutersi senza confusione d' idee.

§. 371.

Primo caso — La legge positiva ha accettato la *nomenclatura* speciale che la scienza adopera per designare la uccisione di un proprio ascendente. Ha mantenuto il *titolo* di *parricidio*. Ecco da questa circostanza la genesi dell' argomento di Carmignani, generalmente ripetuto, e che è il cavallo di battaglia della opinione più severa. Esso si stringe nella seguente osservazione. Il *titolo* di *parricidio* è un titolo diverso dal *titolo* di omicidio. Tostochè il figlio interviene alla strage del padre il *fatto* non è più un *omicidio;* è trasformato in *altro delitto:* e lo estraneo che partecipa in questo speciale delitto deve subire le condizioni del *titolo* al quale ha partecipato. Vi è repugnanza (prosegue a dirsi) nello ammettere *due titoli diversi* in un unico fatto. Il delitto si è trasformato per quell' intervento, e deve pesare sopra tutti i partecipi sotto la nuova forma che egli ha assunta. Portata la questione su questo terreno si comprende benissimo perchè la giurisprudenza francese, combinando il principio della *individuità del titolo* con la nozione dell' *autore* e del *complice,* abbia quasi costantemente proceduto con distinguere secondochè il figlio fosse o *autore,* o *coautore,* o *complice* della uccisione; e così abbia comunicato l' aggravante nel caso del figlio *autore,* o del figlio *coautore* (Cassazione 20 aprile 1827 — 16 luglio 1835 — 23 marzo 1843 — 9 giugno 1848 — 11 settembre 1851 — 24 marzo 1853) e non l' abbia ravvisata nel caso del figlio complice (Cassazione 27 aprile 1815 in affare *Balitout* — e 21 mar-

zo 1844). Con ciò la questione è ridotta ad una pura *materialità*, per la quale il figlio che ad altri commetta la strage del padre non incorre nessuna aggravazione di pena. È sotto questo punto di vista che la questione si agita principalmente fra gli eruditi: ed è sotto questo punto di vista che agli occhi miei rimane tuttora broccardica, sebbene debba dirsi prevalente la dottrina della comunicazione della *qualità personale* dall' *esecutore* al *partecipe;* e della negata valutazione alla *qualità* nel partecipe.

§. 372.

Questo sistema può essere giusto e accettabile in faccia alle letterali disposizioni di tale e tal altro diritto costituito. Ma in faccia al diritto filosofico non giunge a persuadermi; poichè non mi sembra rispondere nè al senso morale, nè al criterio politico. Se nello aumentare la quantità di un delitto in ragione delle *qualità personali* dello agente, si ha riguardo alla *violazione del dovere* speciale, il rimprovero non deve aumentare che rispetto a colui che ne apparisce legato; e rispetto a costui deve aumentare così se fu autore, come se fu complice. Ma se invece la *qualità personale* si considera come elemento di gravità politica per lo allarme maggiore che desta il delitto commesso da certuni, la facilità maggiore di commetterlo, la più facile impunità, la minorata potenza di difendersene; allora la qualità personale assume il carattere di *circostanza del fatto* criminoso, figura tra gli elementi della sua *materialità*, e recando il suo peso sulla bilancia politica, essa deve gravare indistintamente su tutti i

conscii e consoci nel crimine, senza distinguere se nel linguaggio scientifico o legislativo piace di dare a colui nel quale siffatta *qualità* si ravvisa il nome di autore, di correo, di ausiliatore, di consigliere, di mandante, o di socio. Tostochè quella *qualità ha esercitato sul fatto la influenza* temuta dalla legge, le di lei previsioni sono avverate, ed il delitto è aggravato a carico di tutti. Ecco a mio debole avviso a quali termini dovrebbe condursi la soluzione di questo problema in faccia alla pura ragione scientifica. E questo mio modo di vedere è totalmente conforme alla dottrina del Roberti, che nel suo *corso di diritto penale* largamente lo discorre nel *vol. 2, n. 692 a n. 700*. Ed è pure conforme alla giurisprudenza napoletana, come rilevasi dal dizionario dell' Armellini alla parola *complicità* §. 3. Non è l' accidentalità che la *qualità* invisa trovisi piuttosto nell' *autore*, o nel *complice*, quella che deve determinare la definizione del titolo; o piuttosto non è dalla definizione di un *titolo speciale*, o dalla assegnazione di un *nome speciale*, che deve dipendere la soluzione del nodo. Ma deve dipendere dalla *influenza* concreta che ebbe la qualità personale sulla esecuzione del delitto, in quanto si voglia considerare il fatto come realmente più grave: o dalla considerazione del *dovere violato*, in quanto vogliasi considerare come più odiosa l' *azione* della persona che *lo violò* col delinquere.

§. 373.

Secondo caso — Ma la questione assume una forma tutta nuova e speciale quando sorge in faccia ad

una legislazione positiva, la quale (come il codice penale Toscano del 1853) non faccia divario nel titolo fra la uccisione del padre e la uccisione dello estraneo. Il codice Toscano non ha *titolo* di *parricidio:* il figlio parricida è come l'estraneo punito di morte (art. 309) se l'omicidio fu premeditato. È punito, come lo estraneo, della casa di forza da sette a dodici anni, se l'omicidio fu semplicemente volontario (art. 310). In faccia a codesto codice, od altri a lui simili, la questione non può rettamente porsi sotto la formula della *comunicazione delle aggravanti:* nè subire lo influsso del principio della *trasformazione* e della *individuità del titolo.* Bensì il codice Toscano ha espresso il suo odio contro la scelleratezza del figlio, non con lo *aggravare* la mano sopra di lui nei casi ordinarii, ma col denegare a lui ogni *minorazione* della imputazione nei casi ove la medesima sarebbe ad altri per eccezionali condizioni conceduta dalla legge. Se l'omicidio premeditato è — *contro un ascendente* — non è permesso di ammettere le *circostanze straordinarie* che autorizzano a decretare in luogo della morte l'ergastolo (art. 309 §. 4). Ove l'omicidio sia improvviso la scusa della provocazione non si ammette — *se l'ucciso era un ascendente dell'uccisore* (art. 310 §. 3) (1). Ora a me non pare sottigliezza, ma verità positiva, lo affermare che la questione in faccia al nostro codice è totalmente diversa dalla questione che in generale si tratta dagli scrittori sulla comunicazione, o non comunicazione del titolo di parricidio.

(1) Questa misura trova analogia nella disposizione del codice Francese (assai più severa) all'art. 324; ove dichiara

inescusabile la uccisione del coniuge commessa dal coniuge. Ma la locuzione del codice Francese è forse più impersonale della toscana.

§. 374.

Trattasi infatti nel caso nostro non più del calcolo di una circostanza che aggravi la *quantità*, o cambi il *titolo* del delitto; ma della valutabilità, o non valutabilità di una circostanza che per le regole generali ne *degrada* la forza morale soggettiva, e così ne *minora la imputazione*. Trattasi di una questione che si avvicina allo argomento della *intenzione criminosamente distinta* (da me trattata di sopra) più che al problema della *comunicazione delle qualità personali* influenti sul titolo, alla quale accennasi nel presente luogo. La equità, la morale, la giustizia hanno imposto dapprima a tutti i giudici nel silenzio della legge di punir meno l' uccisore o il feritore che fu condotto alle violenze da grave provocazione. Hanno poi fatto di ciò un precetto scientifico. Hanno finalmente condotto tutti i buoni legislatori ad accogliere codesta scusa nei loro Codici come precetto assoluto. E perchè questo? Per la intuizione di un degradamento nella forza morale del delitto. Si minora la imputazione al provocato perchè la commozione del giusto sdegno in lui eccitato dalle altrui ingiuste violenze lo pone in uno stato d' *intenzione imperfetta*. Non è tollerabile (per regola) che sulla bilancia della giustizia una intenzione *imperfetta* pesi ugualmente che una intenzione *perfetta*, e completa in tutti i suoi momenti morali d' intelligenza e di libertà. Ecco la ragione della scusa. Ma dunque codesta scusa è tutta *soggettiva*, tutta *indivi-*

duale. Non sta nel fatto ma nelle condizioni di animo dello agente. Non se ne altera la *quantità* del delitto considerato nei suoi elementi di fatto. Ma quel delitto s' imputa meno a chi lo commise sotto lo impulso di una volontà meno libera o meno lucida.

§. 375.

Dunque questa scusa deve ricercarsi con indagine soggettiva in ciascuno dei delinquenti; come la minore età, come la debolezza di mente; come la coazione o propria od impropria; come lo errore, la ebrietà; od altra simile, che trovisi in uno dei delinquenti ed in un altro no, perchè questi abbia agito con pienezza d' intelletto, e di libertà di elezione, mentre quello agì o perchè la sua libertà fu ristretta o perchè il suo intelletto fu perturbato. Dunque niente repugna alla scienza (ed anzi è strettamente coerente alle regole di buona giustizia) che di due feritori l' uno si possa dichiarare provocato perchè patì dal suo nemico gravi violenze, e l' altro no perchè si gettò nella mischia per barbara sete di sangue o per odio, senza nessuna ragione che potesse fargli considerare come proprie le ingiurie patite dal provocato. In materia di scuse desunte da uno speciale stato dell' animo non vi può essere comunicazione giuridica. Io tengo questa regola come assoluta, perchè non trovo la ragione della scusa nella ipotesi (per me strana) della perdita del diritto nel provocatore, ma nella realtà irrecusabile del modificato stato di animo del delinquente.

§. 376.

Ed a ben chiarire il pensiero mio voglio avvertire che codesta regola non vacilla per la pratica di riconoscere provocazione (o scusa di giusto dolore) nelle offese recate, non a noi stessi, ma ad un nostro congiunto, ad un amico, od in genere a persona cara. Chi così obiettasse per oppugnare la regola da me affermata, argomenterebbe sofisticamente. Quando ho ferito colui che percosse il mio fratello, non allego a mia scusa il turbamento dell'animo che ha patito il fratello mio; ma il turbamento dell'*animo mio*, giustificato dalle offese inflitte a persona a me cara. Non è una *comunicazione di stato intenzionale* che facciasi da uomo ad uomo: è la valutazione dello stato intenzionale soggettivo in ciascuno degli agenti. Ma se invece mentre io provocato da Cajo scendo a rissa con lui, un estraneo casualmente sopraggiunto e mosso dall'odio che nutre contro Cajo lo uccide; pongasi che quello estraneo non abbia nessun vincolo di *affetto* che a me lo leghi, pongasi che egli neppure *conoscesse* la provocazione da me precedentemente patita: e mi si dica su qual principio morale o giuridico si fonderebbe la scusa che volesse ammettersi a favore di costui. S'immagini a rovescio che io abbia percosso Cajo, e Cajo mi abbia sopraffatto e stia percuotendomi; certamente io se reagisco non sarò provocato: ma se il mio fratello sopraggiunge casualmente colà, e vedendo me in terra malmenato sotto i colpi di Cajo si commuove nell'animo, e lo ferisce, bisognerà bene accordare a mio fratello una scusa, quantun-

que a me si neghi: e bisognerà che a me si neghi, quantunque a lui si accordi. Il dolo è individuale: ogni graduazione del dolo non può essere che individuale. Io ripeto dunque come regola assoluta che tutte le scuse che traggono radice dalla forza morale soggettiva del delitto devono regolarsi con un calcolo tutto speciale in ciascuno dei condelinquenti. E non comprendo per quale preoccupazione questa verità che tutte le giurisprudenze ammettono costantemente in materia di circostanze attenuanti, si esiti da taluno ad ammetterla in tema della più solida valutazione dei gradi del dolo.

§. 377.

Ho ciò premesso per farmi strada alla soluzione del nostro dubbio nel secondo caso da me proposto, perchè a me pare che negata la insostenibile tesi della *individuità* della scusa, ed invece ammesso il principio della *individualità* della scusa, la soluzione del dubbio non sia nè difficile nè disputabile.

§. 378.

Cosa ha disposto infatti il codice Toscano quando ha negato al figlio uccisore del padre la scusa della provocazione? Ha sanzionato il sommo principio morale della reverenza che devesi alla sacra persona degli ascendenti. Sebbene il padre trasmodi ad indoverose violenze immeritate forse dal figlio, questi non deve mai scordare di esser figlio. Anche qui non si considera il diritto del provocante; ma la posizione del provocato. Nel figlio che si concita a

sdegno per le ingiuste sevizie paterne vi è come in altri la perturbazione dell'animo: ma la legge ha riprovato codesta perturbazione nel figlio, mentre in altri, se non la tollera, almeno per benigno compatimento alla umana fralezza, la commisera e la scusa. Quella perturbazione del figlio non è considerata come *giusta;* perchè riprovata dalla legge: e questa col riprovarla non fa che ripetere un precetto della legge di natura che impone ai figli di tollerare pazienti anche gli eccessi di chi diede loro la vita. È dunque un dovere tutto eccezionale nello individuo quello di patire le percosse senza reagire. Questo dovere non può estendersi allo estraneo. Dunque la ragione della *inammissibilità* della scusa non è comune all'estraneo. Questi deve giudicarsi secondo lo stato dell'animo proprio. In lui è *giusto* lo sdegno o il dolore che nel figlio è *ingiusto.* Se io veggo percuotere brutalmente mia moglie, il mio sdegno è giusto; è giusto se io sono brutalmente percosso nella mia propria persona: e nell'uno come nell'altro caso quantunque quel percussore sia il padre della stessa mia moglie. Nessuno dubita che quando io trascenda ad uccidere il mio suocero per reazione di percosse ammenate a mia moglie od a me stesso, io possa essere scusato. Ma se avviene che mentre io reagisco contro il mio suocero, la mia moglie si unisca meco, ecco subito che sorge il dubbio terribile. La mia moglie è figlia del mio aggressore. Se essa è dichiarata *autrice* o *coautrice* della uccisione essa non è scusabile, perchè così dispone (e saggiamente dispone) la legge. Ma la scusa che mi proteggeva nella reazione contro il mio aggressore fino al momento in cui intervenne

nella lotta la figlia del medesimo, sarà dunque ad un tratto magicamente scomparsa? La legge che giustamente valutava il mio ragionevole sdegno come scusa ai primi colpi da' me recati al nemico, cancellerà ad un tratto codesta concessione perchè sopraggiunse il figlio del mio nemico, e si unì meco a ferirlo? La degradante che mi giovava finchè era *autore* del delitto non dovrà più giovarmi perchè sono divenuto *complice?* Ove ciò si dicesse, il formulismo della denominazione di autore o coautore avrebbe maggior forza della verità. A me la legge di natura e la legge sociale non dettavano il precetto della obbedienza passiva e della tolleranza delle violenze per parte di uno estraneo. Io debbo essere giudicato sul complesso dei fatti in tutto ciò che dipende dalla *materialità dei fatti:* ma in ciò che dipende dalla condizione dell' animo, e dagli individuali doveri, io debbo essere giudicato secondo la mia posizione particolare.

§. 379.

In questo senso fu nettamente risoluto il problema dal codice Spagnuolo del 1848 all' art. 69; del quale mi piace riprodurre il testo. — ivi — Art. 69 — *Le circostanze aggravanti o attenuanti, che consistono nella* disposizione morale del *delinquente, nelle sue* relazioni particolari con l' offeso, *o in altra* causa personale, *serviranno per aggravare o attenuare la responsabilità di quei soli autori, complici, o fautori, nei quali concorrono. Quelle che consistono nella* esecuzione materiale *del fatto, o nei* mezzi impiegati *per realizzarlo, serviranno per aggrava-*

re, o attenuare la responsabilità unicamente di quelli che ne ebbero conoscenza nel momento dell' azione, o della cooperazione al delitto. È a vedersi su questo articolo il Commentario del Pacecho. Il principio del rispetto allo elemento morale nella complicità è qui portato a tutto il suo più largo svolgimento. Parmi che s' inspiri agli stessi principii (benchè forse non ne corra tutte le conseguenze) l' art. 104 del Progetto portoghese — ivi — *nel caso di pluralità di agenti, le circostanze aggravanti o attenuanti che affettano la* criminalità del fatto in sè, *si estendono a tutti loro: quelle che soltanto modificano la* colpabilità personale *di alcuno di loro non si estendonò agli altri.* Certamente l' impeto degli affetti è circostanza che tiene alla minore *colpabilità* dello agente.

§. 380.

Più esplicito è l' articolo 105 del codice Sardo-Napoletano del 1861 — ivi — *Le circostanze o le qualità permanenti o accidentali* inerenti alla persona, *per le quali o si toglie, o si diminuisce, o si aggrava la pena di taluno degli autori, od agenti principali, o de' complici, non sono calcolate per escludere, diminuire, od aumentare la pena riguardo agli altri autori od agenti principali o complici del medesimo reato. Le circostanze* materiali *che aggravano la pena di un reato non nuocono che agli autori, o a coloro tra i complici i quali ne hanno avuto* la scienza *nel momento dell' azione, o della operazione costitutiva della loro reità. Quando le circostanze materiali costituiscono di per sè stesse*

un reato, non nuocciono che agli autori e complici del medesimo. Blanche *(deuxième étude, pag. 37)* ha contemplato questo secondo caso nel tema analogo del coniugicidio, e conclude con queste parole — *parceque l' un des auteurs est* inexcusable, *les autres ne pourront-ils plus profiter de l' excuse que la loi leur permet d' invoquer? Je ne le crois pas.* E neppur io lo credo; e solo avrei desiderato che l' eminente e dottissimo criminalista francese avesse coraggiosamente svolto con la consueta sua potenza di ragionamento, il sommo principio al quale si è ispirato in codesta sua soluzione. Ma la individuità del titolo è lo scoglio nel quale trovano generalmente i criminalisti francesi un insuperabile ostacolo al più largo e completo svolgimento di quel principio.

§. 381.

Noi però non abbiamo sotto il codice penale Toscano codesta difficoltà. Cosicchè posso concludere questa difficile disamina lasciando da parte il controverso problema del *parricidio*, che presso noi è divenuto accademico; e attenderne la definitiva soluzione dai sapienti esteri, pei quali conserva un interesse palpitante, e vitale. Si accetti la *comunicazione delle qualità personali* nel *famulato*, e negli altri casi in cui la qualità personale di uno dei partecipi ha una vera realità, perchè inserviente alla esecuzione del reato. Nel parricidio e nelle percosse contro i genitori non è questione per noi toscani di oscillazione di *titolo*, nè di comunicazione di *qualità personale:* è questione di comunicare o no la

reiezione di *scusa;* è questione di non ammettere per condizioni individuali del colpevole una *minorante la imputazione,* che per regola generale sarebbe dalla legge accordata. Le minoranti la imputazione che tengono al *fatto* possono essere secondo la natura loro comuni. Ma le minoranti che procedono dalle *condizioni dell' animo* sono necessariamente individuali e incomunicabili. Io credo dunque che se il complice del figlio presenterà *in sè stesso* i termini costituenti la scusa legale, non dovrà esserne privato per conseguenza di una interpetrazione estensiva della legge, che ha negato l'ammissibilità della scusa al colpevole nel quale si riscontri la qualità di figlio. Ciò che la stessa giurisprudenza francese ha stabilito in proposito di *circostanze attenuanti* (le quali senza esitazione si concorda potersi ammettere dal tribunale a favore di un delinquente e negarsi all' altro partecipe) procede diritto nei termini delle *circostanze straordinarie* del nostro articolo 309. E qui la illazione è irrecusabile. Ma la buona logica esige che quella discriminazione tra persona e persona che si ammette nel caso dell' omicidio premeditato, si ammetta ancora nei termini dell' art. 310 per l' omicidio improvviso. Oltre la identità di ragione, ricorre a respingere una discretiva la repugnanza palpabile in cui si urterebbe usando maggiore severità in questo caso che in quello.

§. 382.

Tranne i sovraesposti tre casi eccezionali di *modificazione,* le regole generali procedono tranquille;

e la imputazione si distribuisce fra delinquente principale e accessorio, e fra accessorio ed accessorio, con la doppia ragione delle due *forze* che devono concorrere come elemento *costitutivo* di ogni fatto delittuoso; e dalle quali si desume il criterio *misuratore* della sua quantità e del suo grado. Lo che torna a dire che la imputazione si reparte sul regolo della *quantità morale*, e della *quantità fisica* della complicità.

SOMMARIO